o Decis. 2m /4 Annalen

Digitized by Google

Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

J. B. Bekk, Ministerialrath in Karlsruhe

und dem

Oberhofgerichtsrath **Trefurt** in Mannheim, den Hofgerichtsräthen **Aschbach** in Constanz, **Bayer** in Mannheim, **Sander** in Rastadt und dem Hofgerichtsassessor **Woll** in Freiburg.

Vierter Jahrgang.

Karlsruhe, 1836.

Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.

Digitized by Google

Digitized by Google

Register.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

A.

Abgekürztes Verfahren, Beweisantretung in demselben 289.

Abtretung der Pfandrechte 231.

Accispflichtigkeit bei Lehensallodificationen 68; Defraudation durch einen Wirth 296.

Administrativbehörden, deren Competenz zur Entscheidung über Verbindlichkeit der Unterhaltung der Armen 212; zur Entscheidung von Streitigkeiten über Gewerbsanlagen 261; über Allmendstreitigkeiten 13.

Allmendgenuß, über Berechtigung dazu 260.

Amtsrevisoren, deren Verantwortlichkeit für ihre Theilungscommissäre 149.

Amtsverwesung durch Rechtspracticanten 287.

Anerkennung unehelicher Kinder nach eingegangener Ehe 114, 309.

Anfang eines schriftlichen Beweises 111, 196, 235.

Anwaltsgebühren, über Eintreibung derselben 234.

Appellation, Anfang der Fristen derselben 101; Form ihrer Erledigung bei persönlichem Verhaft wegen Preßvergehen 33; wegen erkannter Geldstrafen 284; Eidesvorbehalt in der App.-Instanz 90; Vortrag neuer Thatsachen und Beweismittel in der App.-Instanz 66; Summe der App. bei Dienstbarkeiten 20; Einrechnung des Betrags unbegründeter Beschwerde in die App.-Summe 35; im Vollstreckungsverfahren 32; wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens 66; Appellationssumme bei wiederkehrenden Leistungen 105.

Armenunterhaltung, Competenz der Administrativbehörden zur Entscheidung hierüber 212.

Arrestdecrete, deren Eintragung in das Grundbuch 135; persönlicher als Sicherungsmittel 40; nach §. 257 6. b. der Proceßordnung, Verfahren dabei 183.

Aufhebung einer Herrenfrohnd 129; eines Verpfründungsvertrags wegen Unverträglichkeit eines Theils 285.

Aufnahmsrecht in eine öffentliche Gesellschaft 109, 161.

Ausfertigung der Urtheile 18.

Ausländer, ob sie das Verbrechen des Hochverraths begehen können 244.

Ausstellung von Privatschuldverschreibungen 153; vergl. 197.

B.

Beamter, Klage auf Entschädigung gegen denselben 292.

Beschlag, nach §. 257 6. b. der Proceßordnung; Verfahren dabei 183.

Besitzklage bei unständigen Dienstbarkeiten 56; wegen Holzberechtigung 69.

Besoldung über Veräußerung derselben 104.

Bestrafung minderjähriger Verbrecher 257.

Beweisanfang des schriftlichen 111, 196, 235; Antretung, Eidesvorbehalt dabei 90; Laß bei der Negatorienklage 165; Mittel, Vortragung neuer in der Appell.-Instanz 66.

Bürgergaben, deren Vertheilung 148.

Bürgergenuß, Eintritt der Schutzbürger in denselben 159; der Wittwen 148.

Bürgermeister, deren Competenz 305; deren Vermittlungsrecht 308.

C.

Cessionar, Klagrecht desselben gegen den Schuldner 135, 181.

Competenz der Administrativbehörden zur Entscheidung über Armenunterhaltung 212; der Bürgermeisterämter 305; des Civilrichters bei Holzberechtigungsansprüchen 141; des Civilrichters bei Staatsverträgen 85, 138, 139; Conflicte 1, 131, 239; der Gerichte zur Entscheidung über Streitigkeiten unter Müllern über ihre Gewerbsanlagen 261; der Gerichte zur Entscheidung über die Unterhaltung einer Brücke 299; bei der Klage wegen Ersatz der Proceßkosten 91; zur Entscheidung über eine Militärpension 104; zur Entscheidung über den Gewaltsumfang der Verwaltungsbeamten in Bezug auf Rechtsgeschäfte, die sie für den Staat eingegangen haben 11, 240; zur Entscheidung über Allmendstreitigkeiten 13.

Digitized by Google

Constitutionsedict, drittes von 1807, über §. 53 desselben 199.
Culpa dolo determinata 81, 158.

D.

Darleihensvertrag 73.
Defraudation von Accis, über Vollendung derselben 296; über Bestrafung mehrerer Urheber derselben 293.
Deserviten, über deren Eintreibung 234.
Diebstahl aus Hungersnoth 125.
Dienstbarkeiten, Appellationssumme bei denselben 20; Besitzklage bei denselben 56; deren Ersitzung 157.
Dienstverding 118.
Dunkelarrest und Hungerkoß 92.

E.

Ehegatten, geschiedene, deren Wiederverehelichung 137; unschuldig geschiedener, dessen Ansprüche auf die Quart aus dem Vermögen des Schuldigen 225, 273.
Ehescheidung wegen Herzenshärtigkeit 245; wegen entehrender Strafen 78; deren Wirkung auf die Vermögensverhältnisse 255; wegen Weigerung des Zusammenlebens 51.
Eheverträge, Zeugenzuzug bei denselben 227, 273.
Eid, dessen Leistung durch Gewalthaber 163; Vorbehalt desselben bei der Beweisantretung 90; Zuschiebung desselben wegen unerlaubter Handlungen 173.
Einreden, über proceßhindernde 28.
Eintragung der Arrestdecrete in das Grundbuch 135.
Entschädigungsklage gegen einen Beamten 292.
Entscheidungsgründe, deren Abfassung 253.
Erbverzeichnisse, nothwendige Errichtung derselben 21, 170.
Errungenschaftsgemeinschaft, über 294.
Ersitzung der Dienstbarkeiten 157.

F.

Formalien, eines eigenhändigen Testaments 58.
Früchte, in wie weit Accessorium der Liegenschaft 303.

G.

Gant gegen eine Gemeinde 117; bewirkt keine Vermögensabsonderung 220, 237, 269.
Gehalt des Gemeinderechners, Bestimmung desselben 271.
Geldstrafen, Appellation dagegen 284.
Gemeindeeigenthum, Gerichtszugriff darauf 117.
Gemeinden, deren Vertretung in Rechtsstreitigkeiten 13.
Gemeinderath, ob die Väter zweier Ehegatten gleichzeitig Mitglieder des Gemeinderaths seyn können 24.
Gemeinderechner, dessen Gehaltsbestimmung 271.
Gerichtsstand der Klage wegen Proceßkosten 91.
Geschäftsbehandlung bei den Obergerichten 113, 150, 185.
Geschäftssprache 140.
Gesellschaft, Aufnahmsrecht in eine 109, 161.
Geständnisse, deren Widerruf im Civilproceß 61, 63.
Gewalthaber, Eidesleistung durch dieselben 163.
Gewerbtreibende, Begriff über — nach §. 17 des Zollstrafgesetzes 303.
Gewinn aus Staatspapieren, ob er dem Eigenthümer oder Nutznießer gebüre 72.
Gläubiger einer Ehefrau, Verhältniß derselben unter sich 233.
Gleichförmigkeit, über, der Richtersprüche 153, 281.
Gotteslästerung, Verbrechen der 93.
Gründlichkeit und Klarheit der Urtheile 250.
Grundbuch, Eintragung der Arrestdecrete in dasselbe 135.
Gütergemeinschaftsauflösung, nicht nothwendige Folge einer Gant 220, 237, 269.

H.

Haftbarkeit der Staatskasse für die von Staatsbeamten mit Dritten eingegangenen Rechtsgeschäfte 1, 239.
Handscheine, deren Ausstellung 153; vergl. 197.
Herrenfrohndaufhebung 129.
Herzenshärtigkeit als Ehescheidungsgrund 245.
Hochverrath durch Ausländer 244.
Hofgüter, Untheilbarkeit der geschlossenen 57.
Holzberechtigung, Besitzklage wegen derselben 69; Competenz des Civilrichters zur Entscheidung über Ansprüche hierauf 141.
Hungerkoß und Dunkelarrest 92.

K.

Kinder, natürliche, deren Anerkennung nach eingegangener Ehe 114, 309.
Klage des Cessionars gegen den Schuldner 135, 181; auf Entschädigung gegen einen Beamten 292; wegen Proceßkosten, Gerichtsstand 91.

L.

Legitimation zur Sache, über 13, 28.
Lehensallodificationen, Accispflichtigkeit dabei 68.
Loosungsankündigung, über, 19, 193.

Digitized by Google

M.

Markungsstreitigkeiten, über 297.
Minderjährige, Bestrafung ihrer Verbrechen 257.
Mühlanlagen, Competenz zur Entscheidung der Streitigkeiten hierüber 261.

N.

Negatorienklage, Beweislast bei derselben 165.
Neuheiten in Strafsachen 315.
Nichtigkeitsbeschwerden, über, 213.
Notariatsordnung, deren Gültigkeit für die Amtsrevisoratsurkunden 227, 273.
Nutznießung 72.

O.

Oberhofgericht, Zurückweisung einer Sache durch dasselbe an das Hofgericht 315.

P.

Pension, Ansprüche der Wittwen darauf 310; der Ortsvorsteher 17.
Personalarrest als Sicherungsmittel 40.
Pfandgläubiger, Rang derselben 210; deren Rechte gegen den Pfandinhaber 301.
Pfandinhaber, Rechte des Pfandgläubigers gegen denselben 301.
Pfandrecht, Bestellung eines für eine Crediteröffnung 49; Subrogation eines 231.
Pfründvertrag, Auflösung desselben im polizeil. Wege 285.
Präjudize, über, 302.
Preßvergehen, Fall eines 93, 142; Form der Appellation dabei 33.
Privatschuldverschreibungen, deren Ausstellung 153; vergl. 197.
Proceßkosten, Gerichtsstand der Klage auf 91.

R.

Rechtsmittel 263.
Rechtspractikanten als Richter 287.
Recursrecht des Staatsanwalts 177, 307.
Retentionsrecht an einer fremden Liegenschaft 303.
Richterliche Unterpfänder 37, 209; für Geldstrafen 128.
Rückforderungsrecht wegen Zahlung zur Ungebühr 133.

S.

Schulpfründen, Gleichstellung derselben 60.
Schutzbürger, deren Eintritt in den Bürgergenuß 159.
Schwägerschaft, über, 24.
Sicherung durch Personalarrest 40.
Staatsanwalt, dessen Recursrecht 177, 307; Stellung desselben 179.
Staatsbeamte, Haftbarkeit der Staatskasse für die von denselben mit Dritten eingegangenen Rechtsgeschäfte 1, 239.
Staatsdiener, Zeugnißablegung derselben 12.
Staatskasse, deren Haftbarkeit für die von Staatsbeamten mit Dritten eingegangenen Rechtsgeschäfte 1, 139.
Standesbücher, bürgerliche, über deren Einrichtung 306.
Standesherren, Theilung der Schulden und Lasten zwischen ihnen und dem Souverain 45, 189.
Strafen, entehrende, als Ehescheidungsgrund 78.
Subrogation der Pfandrechte 231; Vertrag über 73.
Sustentation der geistl. Regenten 199.

T.

Tagfahrten, zur mündlichen Verhandlung, Ansetzung derselben 185.
Taxordnung, Beitrag zur Erläuterung derselben 176.
Testamente, Form der eigenhändigen 58; Verantwortlichkeit der Amtsrevisoren für die von ihren Commissären verfertigten 149.
Thatsachen, Vortrag neuer, in der Appellationsinstanz 66.
Theilung, gerichtliche, Nothwendigkeit derselben 21, 170.
Theilungscommissäre, Verantwortlichkeit der Amtsrevisoren für dieselben 149.
Tödtung, unbeabsichtigte 81, 158.
Traum, als Anlaß zu einer Untersuchung 221.

U.

Unterpfand, richterliches 37, 209; aus einem Straferkenntniß 128.
Untersuchungskosten, Beitreibung derselben 116.
Untheilbarkeit der geschlossenen Hofgüter 57.
Urkunde, ungültige, als schriftlicher Beweisanfang 196, 235.
Urtheile, Abfassung derselben 249; Ausfertigungen 18; Verkündung derselben 101, 281.

Digitized by Google

V.

Verantwortlichkeit der Amtsrevisoren für ihre Theilungscommissäre 149.
Verbrecher, minderjährige, über Bestrafung derselben 257.
Verfahren, abgekürztes 289.
Verjährung der Verzugszinsen 44.
Verkündung der Urtheile 101.
Verletzung der Vorschriften des Verfahrens 66.
Vermittlungsrecht der Bürgermeister 308.
Vermögensabsonderung, nicht nothwendige Folge einer Gant 220, 237, 269.
Vermögenseinweisung 88.
Verpfründungsvertrag, Aufhebung desselben wegen Unverträglichkeit 285.
Versäumungserkenntnisse 146, 152.
Vertheilung der Bürgergaben 148.
Vertretung der Gemeinden in Rechtsstreitigkeiten 13.
Verzugszinsen, deren Verjährung 44.
Vollstreckung, Ansprüche dritter Gläubiger auf die Ergebnisse derselben 80.
Vollstreckungsverfahren, Appellation darin 32.
Vorbehalt der Nachsichtsbewilligung zur Wiederverehelichung 137.

W.

Wechselannahme 304.
Widerklage 111, 304; in zweiter Instanz 59.
Widerruf der Geständnisse im Civilproceß 61, 63.
Wiederverehelichung geschiedener Ehegatten 137.
Wittwen, deren Pensionsansprüche 310; Bürgergenuß derselben 148.

Z.

Zahlung zur Ungebühr, deren Rückforderung 133.
Zeugen bei Eheverträgen 227, 273.
Zeugnißablegung der Staatsdiener 12.
Zinsen, deren Einrechnung in die Appellationssumme 35; über den Lauf derselben 187.
Zolldefraudation, Bestrafung mehrerer Urheber derselben 293.
Zugriff gegen eine Gemeinde durch Umlagen 117.
Zurückweisung einer Sache von dem Oberhofgericht an das Hofgericht 315.

Verzeichniß

derjenigen Landesrechtssätze, welche in den Annalen, vierter Jahrgang 1836, erläutert sind.

L. R. S.	pag.	L. R. S.	pag.
238.	78.	1347.	111.
300.	225.	1376.	133.
311.	51.	1414.	21.
337.	114.	1498.	291.
578.	72.	1499.	291.
691.	56.	1521.	291.
819.	21.	1652.	187.
838.	21.	1908.	187.
970.	58.	2060.	40.
1250.	73.	2114.	49.
1325.	196. 235.	2277.	44.
1326.	153.		

Verzeichniß

derjenigen §§. der Proceßordnung, welche in den Annalen, vierter Jahrgang 1836, erläutert sind.

§. der Proceßord.	pag.	§. der Proceßord.	pag.
4.	85.	673.	289.
84.	13.	680.	40.
92.	13.	685.	135.
175.	91.	702.	146. 301.
257.	183.	747.	56.
370.	105.	1023.	104.
569.	173.	1072.	80.
611.	163.	1221.	66.
657.	48.		

Curiosa 48. 103. 126. 136. 152. 172. 184. 208 236. 296.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 1. | Karlsruhe den 2. Januar 1836.

I.

Hofgericht Rastadt. — Oberhofgericht.

Rechtsfall über die Haftbarkeit der Staatskasse für die von Staatsbeamten mit Dritten eingegangenen Rechtsgeschäfte.

Ein Banquier in Karlsruhe belangte den Fiskus auf Zahlung verschiedener Posten im Betrag von circa 10000 fl. aus den Jahren 1828, 1829, welche er seiner Angabe nach für Rechnung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten aus Auftrag des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten oder seines Stellvertreters aus seinem Vermögen bezahlt habe. Die eingeklagten Posten theilen sich in eine Schuld eines Gesandten auf conto current bei dem Kläger, in zwei Wechseln, welche der Kläger auf Ordre des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten ausgestellt hatte, und sodann in vier Wechsel, welche ein Gesandter auf den Kläger gezogen, und dieser bezahlt hatte. Bei einem dieser letztern Wechsel war von einer Anweisung des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten nichts ersichtlich, bei zwei andern war von dem Direktor der diplomatischen Section des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten bemerkt, daß sie auf Rechnung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten bezahlt werden möchten, und bei dem letzten war nur das zu ersehen, daß der Wechsel im Laufe des Monats nach Zusicherung dieses Direktors bezahlt werde. Von wem, war gar nicht bemerkt.

Vor hiesigem Hofgericht ward dem Kläger verschiedener Beweis über sechs Punkte auferlegt, allein auf den Endvortrag hin sah man die Klage als überhaupt in Rechten ungegründet hauptsächlich deßhalb an, weil nicht der Minister der auswärtigen Angelegenheiten derlei Geschäfte, als Geldaufnahmen für den Staat, mit verbindender Kraft gegen die Staatskasse vornehmen könne, sondern dieses Sache des Finanzministers seie, und Kläger wurde, ohne auf den Beweis näher einzugehen, abgewiesen. Auf die dagegen an das Oberhofgericht eingelegte Berufung verurtheilte dagegen das Oberhofgericht den Fiskus zur Zahlung der sämmtlichen eingeklagten Posten, und die dazu aufgestellten Entscheidungsgründe verdienen nun, der Wichtigkeit der Frage wegen, eine genaue Prüfung.

Die Entscheidungsgründe lauten im Wesentlichen:

Der Fiscus hat die Klage sowohl im Ganzen als im Einzelnen bestritten, ohne ihr eine Einrede entgegenzustellen. Als begründet erscheint nun die Klage, weil hinsichtlich der Staatsdiener die landrechtlichen Grundsätze vom Auftragsvertrag in Anwendung kommen, und hiernach der Staat die für ihn von seinen Angestellten eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen muß, so weit sie die Gränzen des Auftrags nicht überschreiten. Die Vollmacht des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten ist aber eine allgemeine, wenigstens in Bezug auf den Kläger und die hier in Frage kommenden Geschäfte, wie sich aus dem Organisationsedict vom Jahr 1809 Beilage f §. 33 und §. 34 lit. d ergibt, wornach der Minister der auswärtigen Angelegenheiten die Geschäfte seines Ministeriums allein handhaben kann, und wornach in den Geschäftskreis des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten alle diplomatische Angelegenheiten im Allgemeinen gehören. Hiernach schon war der Minister für sich befugt, Zahlungen aus dem Etat des Ministeriums zu machen, und deßfallsige Anweisungen zu geben. Er war aber auch hierzu befugt, Zahlungen aus dem Etat seines Ministeriums zu machen, vermöge seiner allgemeinen Vollmacht nach L.R.S. 1988, demzufolge eine Vollmacht, die in allgemeinen Ausdrücken abgefaßt ist, sich auf Verwaltungshandlungen erstreckt, als eine Verwaltungshandlung aber es anzusehen ist, wenn er auf Rechnung seines Etats Verfügungen trifft und Ausgaben macht. Sollte er auch dabei seinen Etat überschreiten, so bleibt der Staat für derartige Geschäfte dem Dritten verbindlich, weil der Dritte die Geschäfte oder Verträge mit dem Minister redlicher Weise abgeschlossen hat (?) und nicht wissen konnte (?), ob der Minister seinen Etat überschreitet, und zu solchen Anweisungen, wie die befragten, nicht mehr befugt ist. Daß unter solchen Umständen, wo der Dritte keine Kunde davon hat, daß die Befugnisse des Ge-

Digitized by Google

walthabers zu Ende seien, der Gewaltgeber, hier der Staat, dem Dritten verbunden bleibe, folgt aus den L.R.Sätzen 2005, 2009.

Bewiesen ist aber die Klage, weil der erwähnte Minister der auswärtigen Angelegenheiten anerkannt hat, daß er bei diesen jetzt beanstandeten Geschäften als Chef des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten und durchaus nur im Interesse des Staats, wie auch in andern ähnlichen Geschäften gehandelt habe, weil er die Abschließung der Geschäfte der Klage zugegeben hat, und weil der Gewaltgeber, hier der Staat, die Verbindlichkeiten, welche der Gewalthaber, hier der Staatsdiener, innerhalb der ihm ertheilten Vollmacht abgeschlossen hat, erfüllen, also auch die Anerkennung einer solchen eingegangenen Verbindlichkeit von Seiten des Gewalthabers gegen sich gelten lassen muß.

Dieser Begründung des oberhofgerichtlichen Urtheils ist nun als erster Grundsatz der unterstellt, daß auch hinsichtlich der Staatsdiener die landrechtlichen Grundsätze vom Auftragsvertrag in Anwendung kommen, und daß sonach der Staat nur jene Handlungen seiner Beamten zu vertreten habe, bei denen sie die Gränzen ihres amtlichen Wirkungskreises nicht überschritten haben. Diese beharrliche Anwendung der Grundsätze des landrechtlichen Auftragsvertrags auf das Verhältniß der Staatsdiener im Allgemeinen erscheint mir nun nicht dem bestehenden Rechte angemessen, allein mag man von der rechtlichen Stellung der Beamten zum Staat eine Meinung haben, welche man will, so ist der Satz als richtig anzuerkennen, daß der Staat durch seine Beamten mit den Privaten Verträge und Verbindlichkeiten eingehen kann, daß er aber dabei seine Beamten nur in so weit zu vertreten, und die eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen muß, als sie dabei die Gränzen ihrer Vollmacht oder ihrer Dienstgewalt nicht überschritten haben.

Wenn nun gesagt wird, die Vollmacht des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten sei wenigstens in Bezug auf den Kläger, und die hier in Frage stehenden Geschäfte eine allgemeine nach L.R.S. 1988, so läßt sich vorerst die Allgemeinheit der Vollmacht des Mandatars nicht nach dem Verhältniß zu einem Dritten, mit dem er Geschäfte abschließt, hier zu dem Kläger, sondern nur nach seinem Verhältniß zu seinem Mandanten, hier dem Staat, beurtheilen, und es gibt daher nach dem Landrecht keine allgemeine Vollmacht des Mandatars, wenigstens in Beziehung auf einen Dritten, welche es in Beziehung auf den Mandanten nicht auch wäre. Eben so wenig kann es aber nach dem Landrecht eine allgemeine Vollmacht eines Mandatars wenigstens auf eine besondere Art von Geschäften geben, denn wenn die Vollmacht auf wenigstens einige in Frage stehenden Geschäfte beschränkt ist, so kann sie keine allgemeine genannt werden. Aus den von dem Oberhofgericht selbst angerufenen §§. 33, 31 d des Organisationsedicts v. J. 1809 Beilage f beweist sich aber auf das unwidersprechlichste, daß die Vollmacht des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten gerade keine allgemeine im Sinne des Landrechts ist. Der §. 33 gibt nämlich dem Minister die Befugniß, einzelne Gegenstände wegen geheimer politischen Verhältnisse, von der Verhandlung in Sessionen auszuschließen, und der §. 34 unterwirft dem Wirkungskreis des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten die diplomatischen Verhältnisse des Staats im Allgemeinen. Im §. 33 wird aber nun von einer Vollmacht des Ministers bezüglich anderer Geschäftszweige gar nicht geredet, sondern er ertheilt dem Minister, um es mit dem Kunstausdruck zu nennen, nur die Befugniß, einzelne Sachen bureaukratisch zu behandeln, anstatt sie der kollegialischen Berathung und Schlußfassung des ganzen Ministeriums zu unterwerfen. Offenbar bezieht sich nun dieses nur auf die schon an und für sich im Geschäftskreis des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten liegenden Sachen, wie ja gerade von ihren geheimen politischen Verhältnissen die Rede ist, und was nicht in den organisationsmäßigen kollegialischen Geschäftskreis des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten gehört, kann nicht durch die bureaukratische Behandlung und Entscheidung des Ministers allein hinein gezogen werden. Der §. 34 unterstellt dagegen dem Geschäftskreis des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten die diplomatischen Verhältnisse des Staats im Allgemeinen. Nun sind aber nicht alle Verhältnisse des Staats diplomatisch, sondern diplomatische Verhältnisse des Staats nennt man die Beziehungen der verschiedenen Staaten unter sich, die Verhandlungen, Korrespondenzen, Repräsentationen des einen Staats gegen einen andern, und so wie also von einer allgemeinen Vollmacht für diplomatische Verhältnisse des Staats gesprochen wird, so ist dies eine Vollmacht für alle diplomatische Verhältnisse des Staats, nicht aber für alle sonstigen Verhältnisse desselben, es ist dies alsdann in Beziehung auf die letztern gerade keine allgemeine, sondern eine specielle, eine beschränkte Vollmacht. Selbst nach dem L.R.S. 1988 wird die in allgemeinen Ausdrücken abgefaßte Vollmacht nur auf Verwaltungshandlungen bezogen, die Bevollmächtigung zu den diplomatischen Verhältnissen im Allgemeinen ist aber nicht eine Bevollmächtigung zu allen Verhältnissen des Staats, sondern nur eine Bevollmächtigung zu allen Geschäften einer gewissen Art, und ist sonach zufolge des gerade diesen Unterschied machenden S. 1987 eine besondere Vollmacht. Wenn nun hier davon die Rede war, daß ein Gesandter einem Banquier auf conto current Geld schuldig ist, daß ein Minister ohne Bezug auf den Staat sich einen Wechsel von einem Banquier verschafft,

Digitized by Google

daß ein Gesandter, um Geld zu bekommen, einen Wechsel auf einen Banquier zieht, so sind dieses wahrlich an und für sich noch keine diplomatische Verhältnisse des Staats, oder man müßte nur behaupten wollen, daß Schuldenmachen, Wechsel ziehen, gleichbedeutend seien mit Diplomatik, mit Diplomat seyn! Allerdings konnten diese Geldgeschäfte in einer Beziehung auf wirkliche diplomatische Verhältnisse des Staats stehen, allein wenn man alsdann auch zugeben wollte, daß der Minister der auswärtigen Angelegenheiten, und nicht der Finanzminister, diese Geldgeschäfte besorgen konnte, so mußte doch dieser Bezug auf diplomatische Verhältnisse des Staats klar und bewiesen seyn. Der beklagte Fiskus hatte aber gerade dieser Beziehung auf diplomatische Verhältnisse, und überhaupt auf die Verhältnisse des Staats, widersprochen, aus der Natur der Geldgeschäfte gieng dieser Bezug nicht hervor, sonst woher war er nicht dargethan, und so konnte aus der reinen Möglichkeit dieses Bezugs nicht angenommen werden, daß die sonst nicht zum Geschäftskreis des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten gehörigen Geldgeschäfte nun noch zur Diplomatik im Allgeinen gehörten.

Nach Vorstehendem ist daher die Annahme einer allgemeinen, oder auch nur einer in allgemeinen Ausdrücken abgefaßten Vollmacht des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten wohl eine unrichtige zu nennen, und es ließe sich auch eine allgemeine Vollmacht eines Ministers mit einem besondern Portefeuille um so weniger denken, als er sonst zur allgemeinen Staatsverwaltung berechtigt, wo nicht der Fürst selbst, doch dessen alter ego wäre, was nicht seyn kann. Es darf aber alsdann auch die weitere Anführung des Oberhofgerichts, daß der Minister der auswärtigen Angelegenheiten überhaupt befugt seie, auf seinen Etat Zahlungen zu machen, und deßfallsige Anweisungen zu geben, und daß dieses also eine zuständige Verwaltungshandlung auch ohne allen Bezug der angewiesenen Zahlung auf seinen Geschäftskreis seie, eben so wenig zugegeben werden. Die allgemeine Vollmacht des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten und jedes Ministers in seinem Departement bezirdt sich nur auf seinen obersten Standpunkt in seinem Geschäftskreis, wie ja gerade dem Minister der auswärtigen Angelegenheiten nicht alle Verhältnisse des Staats, sondern nur dessen diplomatische Verhältnisse zugewiesen sind. Den Etat eines Ministeriums nennt man aber den Betrag jener Staatseinnahmen, welche jährlich im Bereich dieser Staatsstelle in Beziehung auf ihren Geschäftskreis aufgewendet werden können und dürfen, und wenn nun auch der Minister, als der oberste Beamte dieser Staatsstelle, auf ihren Etat Zahlungen anweisen darf, so darf er es immerhin nur für die in seinem Dienstkreis vorkommenden Geschäfte, denn sonst überschreitet er seine Dienstbefugniß, und für dergleichen Vorkommenheiten haftet der Staat nach dem eigenen Grundsatz des Oberhofgerichts nicht. Es liegt wohl klar am Tage, daß der Justizminister, der in seinem Etat eben so unabhängig ist, als der Minister der auswärtigen Angelegenheiten in seinem, keinen Accord über Anschaffung von Pulver und Kanonen abschließen, und dafür Zahlungen auf seinen Etat anweisen darf, und wenn man dieses eine Uebrschreitung seiner Dienstbefugniß nennen muß, wofür die Staatskasse nicht haftet, wiewohl das Geschäft noch einen Bezug auf den Staat hat, so muß man doch gewiß jenes Geschäft des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten noch mehr eine Ueberschreitung seiner Dienstbefugniß nennen, wo eine Anweisung von Staatsgeldern für Privatgeldgeschäfte geschah, von denen keine Beziehung auf den Staat im Allgemeinen, oder auf seine besondern diplomatischen Verhältnisse vorlag. Die Meinung aber, daß jede Anweisung des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten, und, bei der gleichen Berechtigung der Minister unter sich, jedes Ministers auf seinen Etat, als solche, eine befugte Verwaltungshandlung seie, für welche die Staatskasse haftbar wäre, ist wohl eine sehr gefährliche zu nennen. Sie würde alle Verwaltung des Staats verwirren, denn alsdann könnte ein Minister beliebig für die Vorkommenheiten des andern Ministeriums Zahlungen anweisen, und sie könnten sich gegenseitig mit ihren Etatsgeldern unter die Arme greifen. Sie würde aber auch alle Ordnung im Staatshaushalt auflösen, und die Staatsgelder der gewissenlosesten Verschleuderung preisgeben, denn alsdann könnten die Etatsgelder eines Ministeriums ganz willkührlich zu Privatgeschäften verwendet werden, und die Staatskasse müßte dergleichen Anweisungen als befugte Verwaltungshandlungen des Ministers immer honoriren, ohne nur gegen den Dritten fragen zu dürfen, ob denn die Anweisung nicht nur einen Bezug auf den besondern Etat des anweisenden Ministers, sondern auch nur auf den Staat im Allgemeinen habe. So kann es nicht seyn, und so ist es auch nicht. Die Anweisungen jedes Ministers auf seinen Etat sind nur in so weit für diesen Etat, und für die Staatskasse verbindlich, als sie in seiner Dienstbefugniß lagen, und eine allgemeine Dienstbefugniß irgend eines Ministers auf seinen Etat mit Verbindlichkeit gegen ihn, oder gegen die Staatskasse überhaupt Zahlungen anzuweisen, ohne daß nur ein Geschäft seines Dienstkreises zu Grunde liegt, besteht bei uns nicht, und nirgends, in keinem Staat.

Wenn man aber sogar den Staat für dergleichen Anweisungen eines Ministers selbst da für verbindlich erklären will, wo der Minister dabei seinen Etat überschritten hatte, weil der Dritte in redlichem Glauben die Verträge mit ihm abgeschlossen hat, und nicht wissen konnte, ob der Minister seinen Etat überschreite, und zu solchen Ausgaben nicht mehr

Digitized by Google

befugt seie, so wird dabei auf eine unerklärliche Weise der redliche Glaube des Dritten als etwas gesetzmäßig Daseiendes, nothwendigerweise Existirendes unterstellt. Muß denn dieser redliche Glaube überall vorhanden seyn, und war er vorhanden? Das mußte hier wenigstens bei dem Widerspruch des Fiskus um so mehr bewiesen werden, als es actengemäß war, daß der Kläger einen auf ihn gezogenen Wechsel nicht acceptiren wollte, und nur auf Zureden des Direktors der diplomatischen Section sich dazu bewegen ließ. Abgesehen also davon, daß hier der Minister der auswärtigen Angelegenheiten gar nicht dazwischen trat, so wußte der Kläger wohl, daß der auf ihn gezogene Wechsel des Gesandten keinen Bezug auf den Staat hatte, sonst hätte er ihn gewiß alsbald acceptirt. So wie er aber an der Beziehung des Wechsels auf Verhältnisse des Staats zweifelte, so kann man aus dem Zureden des Direktors der diplomatischen Section doch noch nicht geradezu sagen, die Staatskasse müsse hier zahlen, weil der Dritte das Geschäft mit dem Minister in redlichem Glauben abgeschlossen hat. Ist dieses ein richterlicher Entscheidungsgrund, oder ist es nicht vielmehr eine dem Kläger günstige Behauptung, die er selbst nicht einmal vorgebracht hat!

Man kann aber auch überhaupt nicht sagen, daß der Dritte bei dergleichen Vorkommenheiten die Ueberschreitung des Etats nicht wissen konnte. Wozu wird denn das Budget im Regierungsblatt öffentlich bekannt gemacht? Und weßwegen sind denn die ständischen Verhandlungen öffentlich? Uebrigens sind hier die Verwirrungen zweier Begriffe wohl zu unterscheiden. Der Etat eines Ministeriums ist die Aufwandssumme von Staatsgeldern für die Bedürfnisse des betreffenden Zweigs der gesammten Staatsverwaltung. Wenn nun der Minister auf seinen Etat Geld zu einem Geschäft anweist, was keinen Bezug auf seinen Dienstkreis, und nicht einmal auf den Staat hat, so überschreitet er nicht sowohl seinen Etat, als vielmehr seine Dienstbefugniß. Seine Dienstbefugniß ist aber kein Geheimniß für den Staatsbürger, denn die Gesetze über die Staatsverwaltung und die Amtsgewalt der Staatsbeamten sind dem gebildeten Staatsbürger bekannt, und müssen für jeden als bekannt angenommen werden, so daß der zumal in der Staatsverwaltung wohl bewanderte Banquier wahrlich nicht sagen konnte, ich hielt den conto current und die auf mich gezogenen Wechsel des Gesandten für ein Dienstgeschäft des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten. Von einer gegen die Ueberschreitung der Dienstbefugniß des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten sehr wohl zu unterscheidenden Ueberschreitung der Etatssumme des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten, d. h. davon, daß die fraglichen Geldanweisungen auch noch die ganze Etatssumme des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten in ihrem Jahrsbetrag überstiegen, war hier aber im ganzen Rechtsstreit gar keine Rede, und wenn der Etat noch dazu überschritten war, wenn der Minister nicht einmal die Gelder auf seinen Etat wegen dessen Erschöpfung dann anweisen konnte, wo die fraglichen Geschäfte einen Bezug auf den Staat und den Dienstkreis des Ministers hatten, so war diese Ueberscheeitung des Etats nur eine doppelte Ueberschreitung seiner Dienstbefugniß in dem Fall, wo, wie hier, die Geldanweisungen keinen Bezug auf den Staat im Allgemeinen, und auf die diplomatischen Verhältnisse im Besondern hatten. Eine Berufung auf die L.R.Sätze 2005, 2009 kann aber alles dieses nicht rechtfertigen, denn sie passen gar nicht auf den vorliegenden Fall. Beide Sätze geben ganz deutlich von der Voraussetzung aus, wo der Gewalthaber nach Widerruf seiner Vollmacht mit Dritten Geschäfte abgeschlossen hatte, und wo nun füe den hinsichtlich dieses Widerrufs oder der Beendigung der Vollmacht in gutem Glauben befindlichen Dritten diese Geschäfte gegen den Gewaltgeber wirksam seyn sollen. Hier war aber zur Zeit der abgeschlossenen Geschäfte von einem Widerruf oder von einer Beendigung der Amtsbefugniß des Staatsbeamten keine Rede, sondern nur das war im Streit, ob er das Geschäft in den Gränzen seiner Vollmacht abgeschlossen hat. Da nun aber der L.R.S. 1998 den Gewaltgeber, also hier den Staat, von der Haftbarkeit für die über die Gränzen der Vollmacht hinaus abgeschlossenen Geschäfte ganz allgemein befreit, so liegt es doch wohl auf der flachen Hand, daß auch für die Fälle des S. 2005, 2009 der S. 1998 gilt, und daß also da, wo ein widerrufener Mandatar ein Geschäft abgeschlossen hat, dieses nur in so fern gegen den Gewaltgeber wirkt, als es in den Gränzen der früher ertheilten Vollmacht des Mandatars lag. Man wird doch wohl nicht behaupten können, daß aus dem Widerruf, aus dem Ende der Vollmacht nunmehr das folge, daß sogar der entlassene Mandatar den Gewaltgeber über die Gränzen der Vollmacht hinaus, also überhaupt verbinde. Gerade aber um die Gränzen der Vollmacht, der Dienstbefugniß, handelte es sich hier, und da die Sätze 2005, 2009 diese Gränzen als ihre nothwendige Voraussetzung in sich tragen, so kann aus ihnen für die Wirksamkeit eines diese Gränzen überschreitenden Geschäfts lediglich nichts gefolgert werden.

Kann man hiernach wohl schwerlich, weder nach den Vorschriften der Staatsverwaltung, noch nach den Grundsätzen des Landrechts, die Klage als in Rechten begründet erachten, so wird man noch vielmehr bezweifeln müssen, daß die thatsächlichen Verhältnisse des Rechtsstreits bewiesen waren. Nach der eigenen Anführung des Oberhofgerichts war die Klage im Allgemeinen und im Einzelnen widersprochen, so daß deßhalb vom Hofgericht dahier ein Beweiserkenntniß

Digitized by Google

über sechs verschiedene Punkte ergieng, insbesondere aber war es bestrittten, ob die hier vor sich gegangenen Geschäfte in der Amtsgewalt des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten und des Direktors der diplomatischen Section lagen, und dieses alles war also zu beweisen. Wenn nun von dem Oberhofgericht der Beweis der ganzen Klage einzig und allein in das Anerkenntniß des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten gelegt wird, welcher die Geschäfte der Klage gerade abgeschlossen haben soll, so ist vorerst als Thatsache des Processes zu bemerken, daß dieser Minister zur Zeit des Processes nicht mehr im Staatsdienst stand, und daß also sein Anerkenntniß nicht als das Anerkenntniß des beklagten Fiscus zu betrachten war. Dagegen war diesem Minister vom Kläger der Streit verkündet worden, um sich gegen ihn den Rückgriff zu sichern, und er hatte sich in erster und zweiter Instanz in den Streit eingelassen, war also Streitgenosse des Klägers, und nun wird angenommen, denn ein anderer Entscheidungsgrund hinsichtlich des Beweises besteht nirgends, daß der Beweis der ganzen bestrittenen Klage durch das Anerkenntniß des Streitgenossen des Klägers gegen den Beklagten geführt werde. Aber was ist denn das Anerkenntniß des Streitgenossen des Klägers anders, als eben eine Behauptung des Klägers selbst, und wie kann und darf, nach Grundsätzen des Rechts, der Beweis der Klage durch eine Behauptung des Klägers gegen den Beklagten geführt erachtet werden. Wenn, wie ja hier wegen der behaupteten Anwendbarkeit der landrechtlichen Grundsätze des Auftrags gerade der Fall ist, ein Dritter gegen den Gewaltgeber wegen eines mit seinem Gewalthaber abgeschlossenen Geschäfts klagt, und der Gewaltgeber wendet ein, daß dadurch die Gränzen der ertheilten Vollmacht überschritten worden seien, daß er also nach L.R.S. 1998 dafür nicht hafte, kann denn alsdann der Beweis der nicht überschrittenen Vollmacht gegen den Gewaltgeber damit als geführt erachtet werden, daß man sagt, der Gewalthaber erkennt an, daß das Geschäft abgeschlossen worden ist, und in den Gränzen seiner Vollmacht lag? Was macht es auch hier aus, daß der anerkennende Gewalthaber ein Minister war. Es lag ein Rescript des Staatsministeriums vom 25. August 1831 in den Acten, wornach dasselbe ausgesprochen hatte, daß der eingeklagten Forderung jede Rechtsverbindlichkeit der Staatskasse mangle. Dadurch, und durch Führung des Processes hat das ganze Staatsministerium anerkannt, daß das Geschäft nicht in der Amtsbefugniß des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten lag, und da die Rechte der Parteien gleich sind, so konnte der Fiscus eben so gut sich auf das Anerkenntniß dieser Minister, als der Kläger auf die Behauptung seines Streitgenossen berufen. Aber fürwahr, wenn es auf Anerkenntnisse der Minister ankam, so hätte ich das Anerkenntniß des jetzigen Ministeriums dem des fraglichen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten vorgezogen, denn abgesehen davon, daß sie jedenfalls nichts für die Geschäfte der Klage aus eigenem Beutel zu zahlen hätten, demnach unparteiischer wären, so ist bekannt, daß Ordnung in der Staatsverwaltung und im Staatshaushalt ihnen am Herzen liegt, und daß sie zu beurtheilen im Stande sind, was in den Geschäftskreis Jedes von ihnen gehört. Jedenfalls war bei dieser Lage der Sache der oberste Gerichtshof aufgefordert, die Sache genauer zu prüfen, und er hätte den Beweis der Verbindlichkeit der Staatskasse nicht in der nackten Behauptung Jenes finden sollen, der gerade dem Kläger nach L.R.S. 1997, 1998 für die Zahlung der Klagsumme verhaftet war.

In der Klage kamen übrigens mehrere jedoch im Einzelnen bestrittene Posten vor, bei welchen ein Dazwischentreten des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten gar nicht vorkam, sondern welche nur vom Direktor der diplomatischen Section angewiesen, oder dem Kläger zur Zahlung zugesichert waren. Es war bestritten, ob dieser Direktor dazu die Amtsbefugniß hatte, es war darüber vom Hofgericht dahier auf Beweis erkannt, und doch ist darauf bei der Entscheidung, weder hinsichtlich der Klagbegründung, noch hinsichtlich des Beweises irgend eine Rücksicht genommen, sondern alles auf die Person des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten gestellt, und der ganze Beweis auf sein Anerkenntniß, als Litisdenunciat des Klägers, da gebaut worden, wo die Anweisung aller Posten auf den Etat des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten durch den anerkennenden Minister der auswärtigen Angelegenheiten, gar nicht zum thatsächlichen Grund der Klage vorgebracht war. Dagegen hat man noch den Fiscus zur Zahlung von Zinsen vom Tag der vom Kläger geleisteten Zahlungen an, mit dem Entscheidungsgrund verurtheilt, weil die fraglichen Geschäfte nach A.S. 1 Handelsgeschäfte seien. Also für Handelsgeschäfte des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten mit einem Banquier muß die Staatskasse da eintreten, wo der Bezug dieser Handelsgeschäfte auf den Staat zwar bestritten, aber nirgends bewiesen war.

Nach allem diesem läßt sich wohl die Entscheidung, so wie sie geschehen, in keiner Weise rechtfertigen. Suchen wir die wahren Rechtsgrundsätze der Staatsverwaltung und des Privatrechts, so liegen sie wohl einfach darin. Indem die Regierung den Kammern das Budget der Staatsausgaben vorlegt, und die Kammern es genehmigen, wird damit sämmtlichen Staatsgeldern die Art und Weise ihrer Verwendung vorgezeichnet, und indem die Kammern die Nachweisungen über die Ausgaben der verflossenen Budgetsperiode

Digitized by Google

prüfen und sie genehmigen, werden die geschehenen Ausgaben selbst genehmigt. Kommen nun Ausgaben vor, welche weder von der Regierung, noch von den Kammern als auf die Staatskasse fallend angesehen werden, so müssen sie vom Empfänger oder vom anwesenden Staatsbeamten wieder ersetzt werden. Wird aber, wie hier, die Zahlung von Anweisungen und Rechtsgeschäften eines Staatsbeamten mit Dritten an die Staatskasse erst angefordert, so frägt sich, ob hierbei der Staatsbeamte seine Dienstbefugniß nicht überschritten hat, und hat er sie überschritten, so ist die Staatskasse für dergleichen Zahlungen nicht verhaftet, in so weit nicht etwa die Regierung, der Dienstherr, duech das Degan des zuständigen Staatsbeamten das Geschäft spätee genehmigt hat, oder der Dritte eine Verwendung seines Eigenthums in den Nutzen des Staats nachweisen kann. Die Dienstbefugniß eines Staatsbeamten richtet sich aber nach den Gesetzen und den Oeganisationsverordnungen der Staatsveerwaltung überhaupt, und auch der Ministee untersteht hinsichtlich seiner ihm in seinem Departement zugewiesenen Budgetgelder den Voeschriften seines oeganisationsgemäßen Dienstkreises im Allgemeinen, und den einzelnen Positionen seines Specialbudgets im Besondeen. Weist er außerhalb des Bereichs seines Geschäftskreises, also außerhalb des Zwecks und der Summe seines Budgets, Gelder auf sein Budget an, oder geht er Rechtsgeschäfte außerhalb dieser Schranken ein, so ist auch dafür die Staatskasse nicht verantwortlich, so lange nicht eine Genehmigung des Geschäfts durch die Regierung, odee eine Verwendung in dem Nutzen des Staats bewiesen ist. Ob übrigens zu den nachträglichen Genehmigungen eines den Dienstkreis des Ministers, oder die Summe seines Budgets überschreitenden Geschäftes auch die Genehmigung dee Kammern gehört, ist eine bestrittene konstitutionelle Frage, welche nicht hieher gehört, welche aber wohl zu bejahen seyn wird.

Als den tiefer liegenden Geund des hier gefällten Urtheils muß ich aber die behareliche Ansicht des Oberhofgerichts bezeichnen, daß das Rechtsverhältniß des Staatsbeamten zum Staat lediglich das des landrechtlichen Auftragsverteags seie, und daß darnach die Folgen dieses Rechtsverhältnisses zu beurtheilen seien, und diese Meinung ist erst neulich wiedee in einem anderen Falle heevorgetreeten.

In einem Rechtsstreit gegen den Fiskus wegen eines von einem Kreisdieektor abgeschlossenen Rechtsgeschäfts erkannte sich nämlich das hiesige Hofgeeicht, als Civilrichtee, füe incompetent, das Obeehofgericht abee änderte dieses Erkenntniß dahin ab, daß es die Sache als bürgerlich betrachtete, und stellte dazu den Hauptentscheidungsgeund auf:

„In Erwägung, daß die Frage, ob der Staat oder Fiskus die Handlungen seiner Beamten zu verantworten, oder für sie mit der Zahlung einzustehen habe, als auf dem Mandatsverhältniß beruhend, welches zwischen dem Staat und dem Staatsbeamten besteht, eine in das Privatrecht einschlagende, dahee dem richterlichen Ermessen unterliegende Frage ist."

Gegen diese Entscheidung ist nun von dem betreffenden Ministerium ein Kompetenzkonflict erhoben worden, und seine Entscheidung steht noch aus.

Wenn die Entscheidung dieses Kompetenzkonflicts erfolgt, weede ich sie mittheilen. Nicht umbinkann ich aber jetzt schon, im Allgemeinen zur Erwägung zu geben, ob bei Processen gegen den Fiskus wegen der Rechtsgeschäfte der Staatsbeamten mit Dritten, über die Frage, ob der Staatsbeamte dabei seine Dienstbefugniß überschritten hat oder nicht, dem bürgerlichen Richter die Entscheidung zustehe, denn diese Frage wird es in den meisten Fällen seyn, von der die Entscheidung des ganzen Rechtsstreits abhängt. Erblickt man nun in der Anstellung eines Staatsbeamten durch den Fürsten, dem dieses Anstellungsrecht als ein unbestreitbares Recht dee Krone zusteht, zuerst die öffentliche Thätigkeit des Fürsten als Staatsobeehaupt, erwägt man den Gegenstand der Anstellung, die Uebertragung eines öffentlichen Amts, als eines Zweigs der öffentlichen Staatsverwaltung, so wird von einem privatrechtlichen Auftragsvertrag keine Rede seyn, man wird vielmehe einen Act, ein Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts annehmen müssen. So wie es sich aber alsdann darum handelt, wie dieses öffentliche Rechtsgeschäft zu verstehen seie, welche Befugnisse in der öffentlichen Staatsverwaltung damit verbunden sind, so ist dieses eine Frage des öffentlichen Rechts der Staatsverwaltung, und ihee Entscheidung steht alsdann nach §. 4 der Pr. Ordn. nicht dem burgeelichen Richter, sondern der obersten Regieeungsgewalt, dem Staatsministerium zu. Offenbar ist dee Umfang des öffentlichen Dienstes in seinen Amtsbefugnissen dee Dienst selost, und wenn bei dee bestrittenen Amtsbefugniß eines Ministers, eines Kreisdirektoes, eines Beamten, das Oberhofgericht in letzter Instanz, also eechtskräftig, ausspeechen könnte, ob Dieses oder Jenes in den Umfang einer Amtsbefugniß gehöre, so würde es den Umfang des öffentlichen Amts bestimmen, und damit in der Wirklichkeit das öffentliche Amt selbst ertheilen, denn, wie gesagt, dee Umfang des Amts ist das Amt selbst. Man könnte zwar sagen, daß bei diesee Entscheidung der Richtee eben die Grundsätze und die Vorschriften des öffentlichen Rechts der Staatsverwaltung anzuwenden, und daraus seine rechtlichen Folgeerungen so gut ziehen könne, als er z. B. aus dem Lüneviller Frieden seine Entscheidungen im betreffenden Fall schöpfen kann. Allein der bürgerliche Richter ist bei uns nicht der Richter über alle möglichen und gedenkbaren Fragen, und insbesondere nimmt der Fiskus nur in den aus privatrechtlichen Verhältnissen entstehenden Strei-

Digitized by Google

tigkeiten, vor dem bürgerlichen Richter Recht, und wenn man nun nicht beweisen könnte, daß das in einer öffentlichen Amtsbefugniß eines Staatsbeamten liegende Recht, mit einem Dritten, als Staatsbeamten, ein Geschäft einzugehen, ein privatrechtliches Verhältniß seie, so kann man auch dem bürgerlichen Richtee nicht die Befugniß zusprechen, diese öffentliche Amtsbefugniß für sich zu bestimmen, und sie nach seiner Meinung auszudehnen oder zu beschränken. Nicht nue die Uebertragung der Staatsämter, sondern auch die Errichtung deeselben ist Sache der obersten öffentlichen Staatsveewaltung, und die Frage des Umfangs des öffentlichen Staatsamts ist daher eine Streitigkeit des öffentlichen Rechtsverhältnsses der Staatsverwaltung und der Oeganisation des Staats, welche den bürgerlichen Gerichten nicht untersteht. Wollte man dieses nicht annehmen, so müßte man am Ende alsdann zugeben, daß die Gerichte auch ihre eigene Amtsbefugniß rechtskräftig und mit Wirkung gegen die Staatskasse bestimmen könnten, und so könnten sie sich auf die leichteste Weise zu den Herren des Staats und zu den Verwaltern seines Vermögens aufwerfen, ohne daß auch nur ein Rechtsgrund ersichtlich wäre, dieses zu verhindern.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß man aus dem Grundsatz, die Bestreitung der Dienstbefugniß eines Beamten bei einem von ihm mit einem Dritten eingegangenen Geschäft hebe die Zuständigkeit des bürgerlichen Richters über die Folgen des Geschäfts gegen den Staat selbst auf, alle solche Rechtsstreeite der Entscheidung des bürgerlichen Richters leicht dadurch entziehen kann, daß eben der Fiskus in das Blaue hinein die Dienstbefugniß seines Beamten bestreitet. Allein das wäre jedenfalls ein großer Mißbrauch, und aus Furcht vor diesem Mißbrauch wird man eben auch nicht gerade die entgegengesetzte Meinung aufstellen dürfen, daß alle dergleichen Streitigkeiten dem bürgerlichen Richter zur Entscheidung zustehen, und wenn man bedenkt, daß gerade im vorliegenden Fall bei dee bestrittenen Amtsbefugniß des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten der Fiskus die Entscheidung den bürgerlichen Gerichten, leider zu seinem großen Schaden, überließ, so daef man vielleicht den Mißbrauch nicht zu sehr fürchten.

Jedenfalls liegt die Hauptschwierigkeit der Sache in dem höchst unbestimmten Ausdruck des §. 4 der Pr. Ordn. hinsichtlich der aus peivateechtlichen Verhältnissen entspringenden Steeitigkeiten, und ohne mich definitiv für irgend eine Meinung in dee angeregten Frage entscheiden zu wollen, stehe ich nur in Erwartung der Entscheidung des Kompetenzkonflicts, wo diese Feage, und übeehaupt das Rechtsveehältniß der Staatsbeamten zum Staat, und die Folgen dieses Rechtsverhältnisses gegen Dritte und die Staatskasse in Erwägung und Beurtheilung kommen müssen.

Sander.

Anmerkung der Redaction. Mir scheinen in dieser Proceßsache im Wesentlichen folgende Momente entscheidend:

Der Geschäftskreis eines Ministerinms, wie jeder andern Behörde, wird im Allgemeinen durch bleibende (d. h. nicht blos auf eine bestimmte Zeit beschränkte oder periodisch zu erneuernde) Gesetze odee Verordnungen geregelt, und was dabei die Befugniß eines Ministeriums betrifft, zum Behufe diesee seiner Verwaltung über Staatsgelder zu disponiren, beziehungsweise deßhalb Geldverbindlichkeiten für Rechnung der Staatskasse einzugehen, — so wird dee Umfang dieser Befugniß jedem Ministerium für jede Budgetperiode durch das Finanzgesetz auf's neue vorgezeichnet.

Das Finanzgesetz und der Etat, der als ein integrirender Theil desselben jeweils mit demselben verkündet wird, sind für die Ministerien die Richtschnur, nach der sie, so weit es Belastungen der Staatskasse betrifft, zu verwalten haben.

Das Finanzgesetz eröffnet dem Ministerium einen bestimmten Credit, und der Etat bezeichnet denselben in Beziehung auf die Qualität und auf die Quantität näher, ee bestimmt, für welche Gegenstände und bis zu welchen Summen das Ministerium über Staatsgelder zu verfügen befugt sei.

Will nun ein Ministerium in einem einzelnen Falle, ohne daß es sich blos um die Erfüllung einee gesetzlichen Verbindlichkeit der Staatskasse handelt, durch eine, auch ihrem Gegenstande nach im Budget nicht voegesehene Ausgabe, oder durch Verwendung einer höhern, als der im Budget bewilligten Summe, den Etat überscheeiten, so hat es hiefür von dem Großherzog, der das Finanzgesetz mit dem Etat sanktionirte, eine besondere Verwilligung, oder nach dem Kunstausdruck die Eröffnung eines weitern Credits (der dann vor den Kammern nachträglich gerechtfertigt wied) nachzusuchen.

Damit bin ich aber noch keineswegs der, in obigem Aufsatze angenommenen, Meinung, daß der Etat auch gegenübee den kontrahirenden Deitten als die Vollmachtsurkunde des Ministeriums oder überhaupt der betreffenden Behörde zu betrachten sei, in der Art, daß der Staat die Handlungen dieser Behörde, in so weit sie dabei den Etat nicht einhielt, nach dem L.R.S. 1998 als außer der Vollmacht gelegen gegen sich gar nicht als verbindlich anerkennen dürfte, wenn gleich die Handlung sonst nach den bestehenden (nicht periodischen, sondern bleibenden) Gesetzen oder Verordnungen in dem Geschäftskreise der Behörde gelegen ist.

Dee Etat bildet nur die Verwaltungsregel für die Behörden, d. h. die Vorschrift, wie sie bei dee durch andeee Gesetze oder Verordnungen ihnen aufgetragenen Verwaltung zu haushalten haben, und die Behörden machen sich, wenn sie diese Vorschrift überteeten, dadurch dem Staate verantwortlich. Ihre Vollmacht, als der Umfang ihrer Verwaltungsbefugnisse, gegenüber betheiligten Dritten wird

Digitized by Google

aber unabhängig hievon durch sonstige, ihre Kompetenz bestimmende Gesetze oder Verordnungen begründet.

In Beziehung auf die Gegenstände, für welche eine Behörde Ausgaben zu machen hat, stimmen die Verordnungen über ihre Kompetenz und die Etats mit einander überein, da gerade nach jenen Verordnungen die Etats für die einzelnen Behörden aufgestellt und abgetheilt werden. Wird ein Verwaltungszweig einer Behörde abgenommen und der andern übertragen, so wird der letztern auch die betreffende Position des Etats der erstern überwiesen, und wenn bei Aufstellung oder bei Berathung des Etats eine Position an eine andere Behörde, als an diejenige, welche bis dahin verordnungsmäßig das Geschäft zu verwalten hatte, überwiesen, oder gar nicht mehr bewilligt wird, so sind jene Kompetenzverordnungen zum Vollzuge des Budgets hiernach abzuändern, so daß hinsichtlich der Frage, ob eine Behörde eine Sache zu verwalten, über die dazu erforderlichen Gelder also zu disponiren habe, die über die Kompetenz bestehenden Verordnungen mit den Etats immer im Einklang stehen.

In so weit es sich aber nicht um die Kompetenz in Bezug auf die Gegenstände der Verwaltung handelt, in so weit es sich nämlich nicht fragt, ob eine Behörde in diesem oder jenem Verwaltungszweig zu Anordnungen oder Accorden für Rechnung des Staats im Allgemeinen bevollmächtigt, oder ob diese ihre Kompetenz hinsichtlich eines einzelnen Actes beschränkt sei, in so weit es vielmehr nur die Summe betrifft, welche der Behörde zur Verwendung für den innerhalb ihres Geschäftskreises liegenden Verwaltungsgegenstand zur Verfügung gestellt ist, — so bin ich der Meinung, daß diese Summe gegenüber den betheiligten Dritten keineswegs die Gränzlinie der Kompetenz, beziehungsweise den Umfang der Vollmacht, bilde, sondern nur das innere Verhältniß zwischen dem Staat und seinen Beamten betreffe, und den letztern als Vorschrift gelte, wie sie in den Angelegenheiten, in welchen sie, gegenüber den betheiligten Dritten, schon durch allgemeine Gesetze und Verordnungen als kompetent erklärt sind, zu wirthschaften haben.

Bei einer Menge von Ausgaben liegt der Annahme einer Etatposition gar nicht die Absicht zu Grund, die Ausgaben auf die angegebene Summe zu beschränken, indem dieselben durch bestimmte Gesetze geregelt sind und als eine gesetzliche Verbindlichkeit der Staatskasse erscheinen, und demgemäß je nach den Vorkommenheiten der einzelnen Jahre sich gesetzlich höher oder niederer herausstellen. Dies ist z. B. der Fall: bei Untersuchungskosten, welche einzeln ihre Taxe haben und durch ein gesetzlich vorgeschriebenes gerichtliches Verfahren veranlaßt werden, bei welchen es also nicht in der Willkühr der Verwaltung liegt, mehr oder weniger auszugeben, — eben so bei den gesetzlich vorgeschriebenen Beiträgen zur Ernährung unehelicher Kinder, — bei den durch das Gesetz vom 28. August 1835 jetzt geregelten Beiträgen zu Lehrergehalten, — bei Gemeindeumlagen, — bei privatrechtlichen Lasten der Domänen u. dgl. — Bei allen diesen Ausgaben kann die öffentliche Verwaltung nichts davon und nichts dazu thun, und die Summen werden nur einem beiläufigen Ueberschlage nach in den Etat aufgenommen, um darnach die Einnahmen zu bestimmen und die (nöthigenfalls anderswoher zu ergänzenden) Deckungsmittel zu erhalten.

Aber auch bei andern Ausgaben, bei welchen die Etatposition für die Staatsbehörde wirklich eine Vorschrift ist, wie viel sie für den angegebenen Zweck zu verwenden habe, kann eine Ueberschreitung, so fern es sich dabei um Erfüllung eingegangener Verbindlichkeit gegen Dritte handelt, den Rechten der letztern keinen Eintrag thun, vorausgesetzt, daß das eingegangene Rechtsgeschäft nach seinem Gegenstande an und für sich zur Kompetenz der Behörde, die dabei im Namen des Staats handelte, gehört habe.

Es ist z. B. dem Ministerium des Innern im Etat eine Summe für den Wasser und Straßenbau, und dem Finanzministerium eine solche für die Unterhaltung der Staatsgebäude ausgeworfen. Wenn nun die Ministerien des Innern und der Finanzen, oder die denselben untergeordneten Behörden, so weit sie dazu im Allgemeinen kompetent sind, so viel Bauten angeordnet hätten, daß die Summen, welche nach den im Verlaufe der ganzen Budgetsperiode abgeschlossenen Accorden an die Handwerker oder Arbeiter zu zahlen wären, die Etatposition übersteigen würden, — so könnte den Accordanten diese Ueberschreitung nicht entgegengehalten werden, da kein Gesetz sagt, daß die Etatpositionen als wirkliche Schranken der Vollmacht der öffentlichen Verwaltung, gegenüber betheiligten Dritten, anzusehen, die in den deßfallsigen besondern Gesetzen und Verordnungen den verschiedenen Behörden zugedachte Kompetenz in dieser Beziehung also selbst Dritten gegenüber beschränkt sei.

(Schluß folgt.)

Das badische Landrecht

nach seinen bisherigen Abänderungen und Ergänzungen,

bearbeitet vom

Kanzleirath Kintzinger,

hat nun die Presse verlassen. Um die Brauchbarkeit dieses Buches möglichst zu erhöhen, ist demselben ein ausführliches Sachregister beigefügt.

Weil es jedoch die unserer Ankündigung vom 6. August d. J. versprochene Bogenzahl nicht ganz erreicht, so haben wir den Subscriptionspreis auf 2 fl. herabgesetzt und verlängern eben deßwegen die Subscriptionsfrist, unter den bekannten Bedingungen, bis zum 1. Februar 1836. Von diesem Tage an tritt aber der Ladenpreis von 2 fl. 48 kr. unabänderlich ein.

Karlsruhe, den 30. Dezember 1835.

Ch. Th. Groosche Buchhandlung.

Hauptredacteur Ministerialrath Beck.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 2. | Karlsruhe den 9. Januar 1836.

I.

Hofgericht Rastadt. — Oberhofgericht.

Rechtsfall über die Haftbarkeit der Staatskasse für die von Staatsbeamten mit Dritten eingegangenen Rechtsgeschäfte.

(Schluß.)

Es gäbe auch sonst eine gränzenlose Verwirrung in der öffentlichen Verwaltung, und diese könnte fast gar keinen Kredit haben; nur etwa Diejenigen, welche sogleich im Anfange der Budgetsperiode ein Rechtsgeschäft eingiengen, möchten mit einiger Zuversicht annehmen, die betreffende Etatsposition werde noch nicht erschöpft seyn, die später Kontrahirenden wären aber in dieser Beziehung in großer Ungewißheit, ohne daß sie sich die Ueberzeugung zu verschaffen vermöchten, wie viel denn die Verwaltung auf die betreffende Etatposition schon verausgabt habe, und ob und wie viel von der letztern noch übrig sei.

Diese Gefahr einer Ueberschreitung, die gegen Dritte zu Recht besteht, und dem Staat nur die Regreßansprüche gegen den überschreitenden Beamten beläßt, ist übrigens nur da und nur in so weit vorhanden, als es sich nicht blos um arbiträre Verwendungen für den öffentlichen Dienst selbst, sondern um Verbindlichkeiten handelt, welche eine Behörde vermöge ihrer Verwaltungsbefugnisse gegen Dritte eingegangen hat.

Dagegen ist bei denjenigen Verwendungen, bei welchen es sich um gar keine solche Verbindlichkeit handelt, oder bei welchen wenigstens zu der Zeit, da durch Anweisungen über die Staatsgelder verfügt werden will, noch keine solche Verbindlichkeit besteht, — durch die im Verwaltungsorganismus getroffenen Einrichtungen fürgesorgt, daß die Beihaltung des Etats kontrolirt und unbefugten Uebergriffen vorgebeugt werde.

Namentlich liegt eine solche Maßregel darin, daß kein Ministerium und keine ihm untergeordnete Behörde auf Rechnung des Staats Schulden kontrahiren *), noch auch auf andere, als die dazu bestimmten, Kassen und unter andern, als den dafür bestimmten Formen Zahlungen anweisen kann, wodurch es den kontrolirenden Behörden möglich gemacht ist, allen Ueberschreitungen, wobei noch keine Verbindlichkeiten gegen Dritte begründet sind, rechtzeitig zu begegnen, und auch da, wo nicht mehr res integra vorhanden ist, und bereits ein unwiderrufliches Rechtsgeschäft eine Mehrausgabe nothwendig macht, wegen Verhinderung noch größerer Mißgriffe und allenfallsiger Verfolgung von Ersatzansprüchen die Veranlassung zu geben.

Die Leistungen der Staatskasse dürfen nämlich weder durch Geldaufnahmen gedeckt, noch bei willkührlich gewählten Kassen angewiesen werden. Sie sind vielmehr, der erwähnten Kontrole wegen, nur auf gewisse Kassen und nur unter gewissen Formen anzuweisen **), es werden darüber bestimmte Bücher geführt, und es ist überhaupt die Art und Weise vorgeschrieben, wie sich bei dem Vollzuge der Dekretur über die Befugniß der, die Ausgabe machenden, Behörde zu vergewissern sei. Namentlich mußten die Anweisungen auf den Etat der Ministerien selbst früher durch Vermittlung der Kassenkommission auf die Generalstaatskasse bewirkt werden, welche Verrichtung der Kassenkommission nun nach der Verordnung vom 11. Oktober 1832, Regierungsblatt S. 450 auf das Finanzministerium übergieng, in der Art, daß die andern Ministerien nur durch Requisition des Finanzministeriums auf ihre eigenen Etats Anweisungen auf die Generalstaatskasse machen können, wobei das Finanzministerium zwar nicht die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Ausgabe, wohl aber die Kompetenz des requirirenden Ministeriums, nämlich die

*) Man s. das Statut vom 18. November 1808, Regierungsblatt Nr. 33 und das Gesetz vom 31. Dezember 1831, Regsbl. 1832 S. 21.

**) Man s. die Verordnungen vom 16. März 1819, Regsbl. S. 54 und vom 2. Juni 1820, Regsbl. S. 58.

Digitized by Google

Frage zu prüfen hat, ob das letztere durch seinen Etat zu Verwendung von Staatsgeldern für den in Frage stehenden Gegenstand und (so weit es sich um einen in seiner Größe von den Anordnungen der Verwaltung abhängenden Aufwand handelt) bis zu der anzuweisenden Summe überhaupt ermächtigt sei. Ist das eine oder das andere nicht der Fall, so verweigert das Finanzministerium die Anweisung, bis dafür dem betreffenden Ministerium vom Großherzog im Staatsministerium ein weiterer Kredit, wie oben bemerkt wurde, eröffnet ist.

Alle diese Kontrolmaßregeln wären aber verloren, wenn ein Ministerium für Rechnung des Staats auch auf andere, als auf die unter öffentlicher Aufsicht stehenden, deßfalls gehörig instruirten, dazu bestimmten Staatskassen, Anweisungen machen, oder, was dasselbe ist, für Rechnung des Staats bei Andern (z. B. bei einem Banquier) Gelder aufnehmen könnte.

Zu solchen Anweisungen an fremde Kassen, oder zu Geldaufnahmen (für welche nach dem Statut vom 18. November 1808, Regierungsblatt Nr. 33 und jetzt nach dem Gesetze vom 31. Dezember 1831, Regierungsblatt von 1832 S. 21 ganz besondere Formen vorgeschrieben sind), hat aber ein badischer Minister vom Staate keine Vollmacht, der Staat darf daher die aus solchen Rechtsgeschäften abgeleiteten Verbindlichkeiten nach L.R.S. 1998 auch nicht anerkennen.

Hiernach ist klar, daß nach den organischen Verwaltungseinrichtungen, oder mit anderen Worten, hier nach dem Vollmachtsverhältnisse zwischen dem Staat und seinem Minister der auswärtigen Angelegenheiten, der Letztere nicht ermächtigt war, dem Gesandten auf Rechnung des Staats und mit Verbindlichkeit für den Letztern bei einem Banquier Geld anzuweisen, oder auf solche Weise bei dem Banquier, wenn dieser an die Staatskasse nichts zu fordern hatte, für Rechnung des Staats zur Auszahlung an den Gesandten Geld aufzunehmen.

Der Minister konnte, wenn er auf Rechnung des Staats dem Gesandten eine Zahlung leisten wollte, diese Zahlung nur durch Vermittlung der, seinen Etat kontrolirenden, Kassenkommission, oder (so fern es erst seit der Verordnung vom 11. Oktober 1832 geschehen wäre) des Finanzministeriums, und zwar nur auf die Generalstaatskasse anweisen, wobei ihm unbenommen blieb, die letztere anweisen zu lassen, daß sie die Zahlung zur Ersparung des Porto durch Vermittlung eines Banquiers etwa mit Wechseln leiste. Dabei wäre alsdann die in der organischen Einrichtung liegende Kontrole nicht umgangen worden, und der Minister hätte durch die Anweisung des Banquiers, der nur auf den vorgängigen oder gleichzeitigen Empfang des Werths hin Wechsel ausstellte, keine Schuld auf die Staatskasse geladen. Nahm nun aber die Anweisung nicht zum voraus diesen, der Verwaltungsorganisation entsprechenden, Weg, so muß sie nachträglich, wenn die Staatskasse den Ersatz leisten soll, noch der nämlichen Kontrole unterliegen; die bloße Anweisung konnte als ordnungswidrig nicht schon für sich selbst eine formelle Verbindlichkeit der Staatskasse hervorbringen, es mußte hinsichtlich der Letztern vielmehr darauf ankommen, ob die Forderung des Gesandten, die durch die Anweisung getilgt wurde, für sich auch eine rechtlich begründete war, oder ob dieselbe etwa als eine ohne Rechtsverbindlichkeit geschehene Verwilligung an den Gesandten etatsmäßig sowohl in Beziehung auf den Gegenstand als auf die Summe in der Befugniß des Ministers lag.

Im Uebrigen ist hier die Ersatzklage auf eine versio in rem nicht gebaut, da der Kläger nicht nur nicht nachgewiesen, sondern nicht einmal angegeben hat, in welcher Weise die fraglichen Zahlungen der Staatskasse zum Vortheil gereichten.

Es handelt sich hier vielmehr um eine auf den L.R.S. 1998, nämlich auf das mit dem Minister als Gewalthaber des Staats abgeschlossene Rechtsgeschäft, gegründete Klage, und in dieser Beziehung hätte der Kläger nach dem §. 400 der Pr. Ordn., abgesehen von der anerkannten Thatsache der erfolgten Anweisung überhaupt, und der darauf geleisteten Zahlung, namentlich folgende, vom Fiskus widersprochene, zue Begründung der Klage gehörige Thatsachen zu beweisen:

1) Daß der Minister die Anweisungen wirklich auf Rechnung der Staatskasse (nicht etwa blos in einer Privatangelegenheit) gemacht habe, und
2) daß derselbe nach den organischen Verwaltungseinrichtungen hiezu (und zwar in der beobachteten Form) die Vollmacht gehabt habe.

Ohne diese letztere Thatsache könnte die erstere, als das Rechtsgeschäft an und für sich, gegenüber der Staatskasse keine rechtliche Wirkung haben.

Zu 1. Ob und in wie weit in den fraglichen Wechseln selbst, in den Bescheinigungen des Direktors der diplomatischen Section, oder worin sonst der Beweis liege, daß die Anweisungen wirklich auf Rechnung der Staatskasse gemacht wurden, — will ich hier, da es nur eine quæstio facti und für die Leser dieses Blattes weniger interessant ist, nicht näher erörtern. Nur so viel ist klar, daß die Behauptung des ehemaligen Ministers, als Litisdenunciaten und Streitgenossen des Klägers, dafür keinen Beweis geben könne. Daß nämlich der ehemalige Minister gegenwärtig im Namen des Staats keine für den Letztern verbindliche Anerkenntnisse oder Geständnisse mehr ablegen kann, sondern das, was er zu seinem und seines klagenden Streitgenossen Vortheil gegen den Fiskus vorbringt, als Behauptung zu

Digitized by Google

betrachten und von ihm zu beweisen ist, — darüber, wahrlich, nur ein Wort zu verlieren, wäre Zeitverlust. Ich kann auch nicht glauben, daß das Oberhofgericht wirklich das Gegentheil, wie dieß oben erzählt ist, angenommen habe, es scheint hier vielmehr ein Mißverständniß obzuwalten, und es wäre in dieser Beziehung zu wünschen gewesen, daß dieses Punktes wegen die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe hier nicht nur ihrem wesentlichen Inhalte nach, sondern „von Wort zu Wort" mitgetheilt worden wären.

Zu 2. Was die zweite widersprochene Thatsache, nämlich die Vollmacht des Ministers betrifft, so wäre sie aus den Gesetzen, Verordnungen und Instruktionen nachzuweisen, welche seine Gewaltsbefugnisse und die Form, in der er sie auszuüben hat, vorzeichnen.

Aus dem, was ich oben auseinander gesetzt habe, dürfte jedoch das Gegentheil der klägerschen Behauptung hervorgehen, und in dem obigen Auszug aus den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist kein Gesetz und keine Verordnung nachgewiesen, welche die behauptete Gewaltsbefugniß des Ministers begründete.

Daß der Minister befugt war, Zahlungen aus dem Etat seines Ministeriums zu machen, kann hier nichts entscheiden, so lang nicht nachgewiesen ist, daß die in Frage stehende Ausgabe im Etat vorgesehen war, oder daß der Minister auch das Recht hatte die nach dem Etat für andere Zwecke bestimmmten Gelder auch für beliebige, darin nicht aufgenommene, Zwecke zu verwenden, oder aber, daß er, so fern die Ausgabe in materieller Hinsicht nicht begründet ist, berechtigt war, Zahlungen auf die Kasse des Banquiers anzuweisen, ohne daß dieser (wie die kontrolirenden Behörden bei Anweisungen auf die Staatskasse) die qualitative und quantitative Begründung der Zahlung erst zu prüfen gehabt hätte.

Zu solchen Anweisungen auf die Kasse des Klägers war aber der Minister der auswärtigen Angelegenheiten, wie oben gezeigt ist, in keinem Falle befugt, eine solche Anweisung ist kein Gegenstand seiner Verwaltung, hinsichtlich dessen er ohne Rücksicht auf den Etat kompetent erschiene. Die Anweisung ist vielmehr nur die Zahlungsart für eine etwa aus andern wirklichen Verwaltungshandlungen des Ministers für den Staat hervorgegangenen Verbindlichkeiten. Diese Zahlungsart ist aber, wie schon bemerkt, an gewisse Formen und an die dazu bestimmten Kassen gebunden. Darnach und da nun die Anweisung nicht mit diesen Formen und nicht auf die dazu bestimmte Kasse geschah, folglich in formeller Hinsicht nicht gültig ist, müßte dargethan werden, daß die Zahlung an den Gesandten, die dadurch den kontrolirenden Behörden entgieng, in materieller Hinsicht begründet gewesen wäre, in welcher Beziehung aber nicht nur kein Beweis geführt, sondern nach obiger Darstellung des Einsenders nicht einmal angegeben ist, was sie zum Gegenstand hatte, wie also die dadurch getilgte Verbindlichkeit von einer zum Geschäftskreise des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten gehörigen Verwaltungshandlung herrühre.

Hier kommt es also auf die oben erörterte Frage: ob der Minister, wenn er in irgend einem Verwaltungszweige die im Etat aufgenommene Summe überschreitet, gegenüber dem betheiligten Dritten gleichwohl gültig und mit Rechtsverbindlichkeit für den Staat handle? — gar nicht mehr an, da schon hinsichtlich des Gegenstands der Verbindlichkeit, wofür die Zahlung geleistet wurde, nicht dargethan ist, daß die Anordnung oder Eingehung der Verbindlichkeit an und für sich, und ohne Rücksicht auf die Summe, zur Verwaltungskompetenz des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten gehört habe, in welcher Beziehung in jedem Falle, schon vor Leistung der Zahlung, von Seiten der kontrolirenden Behörden eine Prüfung eingetreten wäre, wenn die Anweisung den verordnungsmäßigen Gang durch die Kassenkommission (oder seit 1832 durch das Finanzministerium) genommmen hätte.

Mir scheint hiernach, daß die Klage nicht begründet war, und das hofgerichtliche abweisliche Urtheil zu bestätigen gewesen wäre.

Zum Schlusse erkläre ich mich nun noch, was die in dem obigen Aufsatze beanstandete Kompetenz der Gerichte zum Erkenntnisse über die im Amte liegende Vollmacht der Verwaltungsbeamten betrifft, für die Ansicht des Oberhofgerichts.

Bestimmen darf der Richter die Verwaltungsbefugnisse allerdings nicht, aber er darf, wenn es in einem bürgerlichen Processe von Erheblichkeit und zugleich bestritten ist, entscheiden, wie die Regierung jene Befugnisse bereits selbst bestimmt (d. h. welchen Auftrag sie dem Beamten ertheilt) habe, vorbehaltlich des Rechts der Regierung, diese Bestimmung für künftige Fälle beliebig wieder zu ändern.

Das Verhältniß des Staats zu seinen Beamten ist allerdings eine öffentlich rechtliches, und wird, was die Pflichten und Rechte der Beamten gegen den Staat betrifft, durch eigene Gesetze (namentlich durch die Dienerpragmatik von 1819) geregelt; daraus folgt aber nicht, daß der Staat durch seine Beamte gegen Dritte nicht auch in Privatrechtsverhältnisse treten, und in diesem Falle die Frage, ob der Staat den Beamten zu einem solchen Privatrechtsgeschäfte die Vollmacht ertheilt habe? — nicht vor den Civilrichter gezogen werden könne.

Digitized by Google

Man muß hier den Unterschied nicht aus dem Auge lassen, ob der Staat bei einer Amtshandlung seines Beamten als Staat, als Inhaber der Regierungsgewalt, oder aber als Private, als Kontrahent, erscheine. Im erstern Falle kann die Amtshandlung selbst und eben so die Frage, ob und wie weit dadurch der Staat gegen betheiligte Dritte verbindlich geworden sei, namentlich also auch, ob er die Folgen einer durch den Beamten dabei verübten Rechtsverletzung auf sich zu nehmen habe, nicht vor den Civilrichter gezogen werden, da dasjenige, was der Staat als solcher, d. h. vermöge des Gesellschaftsvertrags, den Einzelnen zu leisten oder zu gewähren habe, nicht in das Gebiet des Privatrechts, sondern in jenes des öffentlichen Rechts fällt. Im zweiten Falle fragt es sich aber nicht, was der Einzelne Kraft des Unterthanenverhältnisses vom Staat zu fordern berechtigt sei, sondern nur, ob der Letztere in den Formen des Privatrechts nicht allgemeine, sondern besondere, Verbindlichkeiten gegen den Dritten eingegangen habe, und alles, was zur Beantwortung dieser Frage gehört, folglich auch die Thatsache der Bevollmächtigung, fällt dem Erkenntnisse des Civilrichters anheim, gleichviel ob die Vollmacht für den, Namens des Staats kontrahirenden, Beamten eine specielle, durch ein besonderes Kommissorium ertheilte, oder eine durch allgemeine Verordnungen geregelte, nämlich nach solchen Verordnungen in dem Geschäftskreise des Beamten überhaupt liegende, sei.

Bekk.

II.

Ueber Zeugnißablehnung der Staatsdiener. Zu den Annalen dritter Jahrgang III. S. 143.

In dem angeführten Aufsatze hat Einsender allerdings dargethan, daß das Gericht irrte; indem es den als Zeugen aufgeführten Staatsdienern, welche das Zeugniß ablehnten, lediglich die Auflage machte, den Ablehnungsgrund durch Versicherung auf ihre Dienstpflicht zu beweisen, denn es lag offenbar nicht im Sinne des §. 504 der Pr. Ordn. die Staatsdiener auf dieses Beweismittel zu beschränken, im Gegentheil sollte ihnen durch diese Bestimmung eine Begünstigung vor andern Beweispflichtigen im Processe in der Art eingeräumt werden, daß sie außer den sonst zulässigen Beweismitteln auch durch bloße Versicherung auf Dienstpflicht schon ihren Beweis führen können, so wie einem andern Zeugen im gleichen Fall nach §. 503 auf eidliche Versicherung geglaubt wird.

Dagegen scheint mir Einsender darin zu irren, wenn er behauptet, im Fall der Zeugnißablehnung eines Staatsdieners könne der Beweis des Ablehnungsgrundes durch Versicherung auf Dienstpflicht oder andere Beweismittel nicht eher verlangt werden, als bis erhoben sei, daß ihn die vorgesetzte Dienstbehörde nicht ermächtige, das Zeugniß zu geben, und die Erörterung solcher Ermächtigung liege nicht dem zum Zeugniß aufgeforderten Staatsdiener, sondern dem Produzenten ob.

Die Pflicht, Zeugniß im Civilprocesse abzulegen, ist zufolge §. 500 — 505 eine allgemeine Rechtspflicht des badischen Staatsbürgers, für welche eine præsumtio juris in so lange streitet, bis er nachweist, oder mindestens auf Eid oder Amtspflicht versichert, daß eine andere, besondere Pflicht ihn an der Erfüllung dieser allgemeinen Bürgerpflicht hindere.

Für Jeden, welcher einen badischen Staatsbürger, sei er auch Staatsdiener oder Priester, als Zeugen produzirt, streitet diese im Gesetz klar ausgesprochene Präsumtion, es kann ihm also schon nach allgemeinen Beweisregeln nicht zugemuthet werden, zu beweisen, daß der Zeuge sich nicht in einem Ausnahmsfalle befinde.

Solches ließe sich durch die vom Einsender entwickelte bedenkliche Lage für einen Staatsdiener, auch wenn sie vorhanden wäre, nicht rechtfertigen, weil die klare Bestimmung des Gesetzes im Wege stünde; es ist jedoch in der That nicht abzusehen, wie ein Staatsdiener durch Aufführung als Zeuge über Amtshandlungen irgend in Verlegenheit kommen sollte.

Entweder ist er über den Umfang seiner Dienerpflicht in Bezug auf dieses zu gebende Zeugniß ganz mit sich im Klaren, dann wird er sich nach dieser seiner Ueberzeugung selbst zur Ablegung oder Verweigerung des Zeugnisses bestimmen; oder er ist über seinen Pflichtenkreis im Zweifel, dann wird er bei der vorgesetzten Dienstbehörde anfragen, und der erhaltenden Instruktion gemäß handeln.

Auch für den Staat als Dienstherr liegt in der Sache durchaus nichts Bedenkliches. Es ist im §. 504 der Pr. Ordn. dem Staatsdiener durchaus nicht mehr Befugniß eingeräumt als er überhaupt in allen Fällen des Lebens hat, wo seine Dienstpflicht in Frage kommt, nämlich die Befugniß, vor Allem sich selbst zu fragen, was die Dienstpflicht fordere, und wenn er im Stande ist, sich diese Frage erschöpfend zu beantworten, sodann dieser Antwort gemäß zu handeln.

Abgesehen aber von Allem dem, frage ich, wohin es führen würde, wenn man die Artikel 504 und 511 so auslegte, daß die Versicherung auf Diensteid erst verlangt werden könne, nachdem der Produzent bei der vorgesetzten Dienstbehörde die Ermächtigung des Staatsdieners zum Zeugniß verlangt hat??

Jedenfalls zu gänzlicher Wirkungslosigkeit der im §. 504 hinsichtlich der Staatsdiener gemachten Bestimmung, denn erlangt der Produzent die Ermächtigung des Staatsdieners, so ist rechtlich gewiß, daß dieser keinen gesetzlichen Ablehnungsgrund hat, und er kann deßhalb nach der Natur der Sache und nach der klaren Bestimmung des §. 501 nicht zum Beweis dieses Ablehnungsgrundes durch Versicherung auf Dienstpflicht gelassen werden.

Wird aber von der höhern Dienstbehörde die Ermächtigung versagt, so ist rechtlich gewiß, daß der Staatsdiener einen gesetzlichen Ablehnungsgrund hat, und es kann ihm deßhalb nicht mehr zugemuthet werden, diese Thatsache noch durch Versicherung auf Diensteid oder auf anderen Wegen zu beweisen.

Trefurt.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 3. Karlsruhe den 16. Januar 1836.

I.

Oberhofgericht.

Ueber die Anwendung der §§. 84, 92 und 1223 der Proceßordnung.

Härcher und Consorten gegen die Gemeinde Oberried.

Von der aus fünfundfünfzig Bürgern bestehenden Gemeinde Oberried traten im Jahr 1833 zweiundfünfzig Bürger, unter welchen sich der Bürgermeister, so wie die Mitglieder des Gemeinderaths und Bürgerausschusses befanden, gegen die Gemeinde Oberried mit einer Vindicationsklage auf, in welcher sie 1346 Jauchert Waldung, im Besitze der Gemeinde, als ihr Privateigenthum ansprachen, und als Repräsentanten der beklagten Gemeinde ihre drei nicht berechtigten Mitbürger bezeichneten.

Das großherzogliche Landamt Freiburg theilte der so vertretenen Gemeinde, d. h. den drei außer den Klägern noch übrigen Gemeindsgliedern die Klage zur Vernehmlassung mit (welche sich auch darauf einließen) und erkannte auf gepflogene Verhandlungen:

„daß fragliche 1346 Jauchert Waldungen ein ausschließendes gemeinschaftliches Eigenthum der Kläger seien, und daher sowohl die gegenwärtigen drei Beklagten, als auch alle andern Mitglieder der Gemeinde, welche nicht unter diese zweiundfünfzig Berechtigte gehörten, von dem Eigenthum und Genuß der fraglichen Waldungen ausgeschlossen seien."

Hiergegen ergriffen zwei der bisherigen Gemeindsvertreter die Berufung an großherzogliches Hofgericht am Oberrhein, setzten aber ihre Beschwerde lediglich darin *), daß sich das großherzogliche Landamt Freiburg als Richterstelle für zuständig erachtet, während es sich um Vertheilung von Allmendgut gehandelt habe, und zur Entscheidung von Streitigkeiten über dergleichen Vertheilungen nur die Verwaltungsbehörden ausschließlich competent seien. Nachdem die Berufungsverhandlungen geschlossen waren, kündete der appellantische Anwalt — welcher sich überzeugt glaubte, daß das ganze frühere Verfahren nichtig sei, indem nämlich die Klage nicht gegen seine Clienten, sondern gegen die Gemeinde Oberried gerichtet gewesen, diese aber die Gemeinde nicht

*) Dies war sehr ungeschickt. Die Einrede der Unzuständigkeit ist nach den §§. 296 und 297 der Pr. Ordn., da sie die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens bedingt, zwar eine proceßhindernde, und alles weitere Verfahren wird aufgehalten, bis über diese Einrede rechtskräftig (§. 302) entschieden ist. Dies hat aber bei der in Frage gestellten Unzuständigkeit eines Gerichts in einer anerkannten bürgerlichen Rechtssache nur alsdann Statt, wenn sie sogleich vor Einlassung auf die Klage vorgeschützt wird, und da, wo dies, wie im vorliegenden Falle, unterlassen wurde, ist nach dem §. 291 ein Verzicht auf die Einrede anzunehmen, und der Gerichtsstand gilt nach §. 35 als prorogirt. Diese Vorschriften sind nun zwar da, wo nicht nur die Unzuständigkeit eines bestimmten Gerichts, sondern die Unstatthaftigkeit des richterlichen Verfahrens überhaupt behauptet wird, nach §. 53 der Pr. Ordn. nicht maßgebend, und die Anfechtung der Kompetenz ist hier in jeder Lage des Rechtsstreits noch zulässig. Dies gilt aber nur, wo ein Widerstreit zwischen der Justiz- und Verwaltungsbehörde selbst entsteht. Der Partei selbst bleibt also, wenn sie sich einmal eingelassen, und damit nach §. 35 und 291 auf die Einrede der Unzuständigkeit verzichtet hat, nichts anderes übrig, als nach Umständen entweder die Verwaltungsbehörde zu veranlassen, daß sie selbst gegen die Gerichte einen Kompetenzkonflict erhebe, oder aber das Gericht, welches diese Art von Kompetenz auch selbst in jeder Lage des Streits noch prüfen, und wenn es die Sache als Verwaltungssache erkennt, das gerichtliche Verfahren wieder aufheben kann, auf dieses Verhältniß aufmerksam zu machen. Aber eine Einrede der Inkompetenz mit proceßhindernder Wirkung kann sie darauf nicht mehr bauen, wenn sie sich ohne diesfallsige Einsprache einmal freiwillig eingelassen hat.

Der appellantische Anwalt hat also übel daran gethan, daß er nicht wenigstens fürsorglich zugleich in der Hauptsache auch Beschwerde erhoben hat.

D. R.

Digitized by Google

repräsentiren könnten — die Anwaltschaft auf und stellte dem Gerichtshofe anheim, nach §. 118 der Pr. Ordn. von Amtswegen die Beiladung der Gemeinde Oberried, welche bis dahin in dem Streite nicht vertreten gewesen, auf geeignetem Wege zu bewirken.

Das großherzogliche Hofgericht am Oberrhein gieng aber hierauf nicht ein, sondern setzte blos die Appellanten von der Patrociniumsaufkündigung ihres Anwalts mit dem Bedeuten in Kenntniß, in der zur öffentlichen Verhandlung bereits ausgesetzten Tagfahrt mittelst eines neu aufzustellenden Anwalts um so gewisser zu erscheinen, als sonst das Verlesen der Appellationsbeschwerdeschrift als Rechtsausführung gelten solle, und nach Lage der Acten über die Beschwerde würde erkannt werden.

Dieser Auflage leisteten die Appellanten keine Folge, dagegen wendete sich die großherzogliche Regierung des Oberrheins unter Anschluß ihrer auf das Materielle der Vindicationsklage bezüglichen Acten an den Appellationsrichter und sprach sich in ihrem deßfallsigen Erlasse dahin aus:

„Wenn der sonderbare Zustand, daß die Gemeinde Oberried von Niemand in diesem Rechtsstreit vertreten sei, sich wirklich erwahren sollte, so wäre es natürlich ihre, der Regierung, Pflicht, zur Wahrung des Gemeindeinteresses von Staatswegen die nöthige Vorsorge zu treffen. Bevor sie jedoch in dieser Hinsicht einschreite, müsse sie wünschen, von dem großherzoglichen Hofgerichte über den eigentlichen Stand der Sache unterrichtet zu werden, und müßte daher bitten, ihr die Notizen hierüber mitzutheilen, einstweilen aber, wenn vielleicht Fatalien im Laufe seyn sollten, dieselben offen zu lassen."

Auch hierauf nahm das großherzogliche Hofgericht, da es nicht Sache des Richters seyn kann, den Parteien, zu welchen auch die großherzogliche Regierung als anmaßliche Vertreterin der Gemeinde Oberried gehörte, Aufschlüsse über den Stand anhängiger Rechtsstreite zu geben, sondern es vielmehr Jedem überlassen werden muß, nach genommener Acteneinsicht sein Interesse selbst oder durch einen gehörig Bevollmächtigten zu wahren, keine Rücksicht, sondern bestätigte nach gepflogener mündlicher Verhandlung den Bescheid des Landamts Freiburg, unter Verwerfung der von den Appellanten vorgeschützten Einrede der Incompetenz, und theilte der großherzoglichen Regierung des Oberrheinkreises eine Abschrift dieses ihres Erkenntnisses mit. Bei diesem Erkenntnisse beruhigten sich die Appellanten vollständig, indem sie die Oberberufung dagegen nicht anzeigten und auch in der zweiundvierzigtägigen Nothfrist nicht einführten.

Da hiernach von Seiten der früher streitenden Theile der Rechtsstreit in die dritte Instanz nicht gebracht worden war, trat der appellantische Sachwalter, legitimirt durch eine Vollmacht der großherzoglichen Regierung des Oberrheinkreises, in der dieser Behörde vom Tage der Zustellung des hofgerichtlichen Urtheils noch laufenden Nothfrist Namens der Gemeinde Oberried mit einer Hauptinterventionsklage bei großherzoglichem Oberhofgerichte auf, verband mit dieser eventuell die Oberrufung und stellte an den obersten Gerichtshof die Bitte:

Nach geschlossenen Verhandlungen zu erkennen:

entweder

„das hofgerichtliche Urtheil und der landamtliche Bescheid seien aufzuheben und die Kläger mit ihrer Privateigenthumsansprache auf die in Frage stehenden 1346 Morgen Waldung abzuweisen;"

oder doch

„die beiden vorderinstanzlichen Urtheile seien als nichtig aufzuheben und die Kläger zur neuerlichen Verhandlung mit der Gemeinde Oberried selbst an den Unterrichter zu verweisen."

Der höchste Gerichtshof hielt zwar die angestellte Hauptinterventionsklage für unstatthaft, die mit dieser eventuel verbundene Oberappellation aber für zuläßig, die Oberappellationsbeschwerden für begründet, und änderte die übereinstimmenden Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen dahin ab, daß die Kläger mit der gegen die Gemeinde Oberried angestellten Klage abzuweisen seien. Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe sind im Wesentlichen folgende:

„Die Klage sei gegen die Gemeinde Oberried gerichtet, diese aber in den beiden vordern Instanzen durch die drei, beziehungsweise zwei von den Klägern ausgeschlossenen Bürger nicht gehörig repräsentirt, somit nicht vertreten gewesen. Es sei nämlich für sich klar, daß von fünfundfünfzig Gemeindsgliedern drei derselben — von welchen nicht einmal einer zum Gemeinderath gehöre — die Gemeinde nicht ausmachen könnten, auch setze dies das Gesetz über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden vom 31. Dezember 1831, besonders dessen §§. 36, 37, 125 und 126, so wie die Vollzugsverordnung vom 14. Juli 1834 §. 6, 9 und 12 außer Zweifel. Die als Beklagte und Appellanten Aufgetretenen seien auch zur Führung des gegen die Gemeinde Oberried anhängig gemachten Rechtsstreits nicht in Gemäßheit des §. 125 des eben erwähnten Gesetzes als einzelne Bürger jener Gemeinde befugt gewesen, da einer solchen Uebernahme eines Rechtsstreits nach demselben §. 125 allemal eine Berathung des Gemeinderaths und ein Beschluß desselben, den Rechtsstreit nicht fortsetzen zu wollen, und — da es sich hier um ein liegenschaftliches Recht der Gemeinde handle — die Vernehmung der Gemeinde selbst, welche jedoch wegen Betheiligung von $^{32}/_{55}$ derselben unmöglich gewesen, hätte vorangehen müssen. Hieraus ergebe sich, daß

Digitized by Google

gegen die Gemeinde Oberried erkannt worden, ohne sie zu hören.

Die Folgen dieses Mangels einer wesentlichen Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens bestünden nach §. 92 der Pr. Ordn. darin, daß wenn der Mangel nicht gehoben werden könne — was im vorliegenden Rechtsstreite der Fall wäre, wenn man die Oberappellation der Gemeinde, als der wirklichen Beklagten, nicht zulassen wollte — das Verfahren als Handlung über das Recht eines Dritten, in Beziehung auf diesen ohne alle rechtliche Folgen sei, und von diesem in Gemäßheit des §. 84 der Pr. Ordn. als nichtig angefochten werden könne. Zu dieser Anfechtung im Wege der Oberberufung sei aber die Staatsbehörde, und in gegenwärtigem Falle, da das betreffende Bezirksamt als Richterstelle gehandelt habe, die betreffende Kreisregierung schon wegen des ihr nach §. 7 der Gemeindeordnung zustehenden Aufsichtsrechts über die Verwaltung der Gemeinden, und da es wegen der großen Anzahl der klagenden Gemeindsglieder an der zur Fassung eines Gemeindebeschlusses nach §. 37 der Gemeindeordnung erforderlichen Anzahl der stimmfähigen Bürger gefehlt habe, ausschließlich legitimirt.

Diese Legitimation der Staatsbehörde gehe auch um so unzweifelhafter aus dem Umstande hervor, daß die anmaßlichen Vertreter der beklagten Gemeinde die Oberberufung nicht fortgesetzt und dadurch indirekt auf eine höchst bedeutende Liegenschaft der Gemeinde verzichtet hätten, was einer Veräußerung derselben gleichstehe, deren Gültigkeit schon nach §. 151 Abs. I der Gemeindeordnung, so wie die Gültigkeit des Verzichtes auf die Fortsetzung des Rechtsstreites nach der Verordnung vom 14. Juli 1834 an die Zustimmung der Staatsbehörde gebunden sei, worüber sich auch noch die Verordnung vom 17. Juli 1833 näher ausspreche. Diese Zustimmung sei nun nicht nur nicht erfolgt, sondern hätte nach §. 5 der erwähnten Verordnung vom 14. Juli 1834, selbst wenn die Gemeinde gültig verzichtet gehabt hätte, von der Staatsbehörde versagt werden müssen, weil sich aus dem Sachverhalt ergebe, daß der aus dem Verzichte für die Gemeinde erwachsende Nachtheil zum größten Theil nicht die wirklich vorhandenen, sondern die nachkommenden Bürger betreffe.

Im Falle der Versagung der Genehmigung des Verzichtes habe aber nach §. 6 der oben genannten Verordnung vom 14. Juli 1834 die Staatsbehörde die Führung des Rechtsstreits auf Kosten der Gemeindekasse zu verfügen, und könne zur Besorgung des Interesses der Gemeinde nach Umständen dem Bürgermeister und seinen zwei Beigeordneten noch einen oder mehrere andere Bürger beigeben, was hier wegen Betheiligung sämmtlicher Gemeinderaths- und Ausschußglieder unmöglich gewesen sei, weßhalb die Aufstellung eines Anwalts durch großherzogliche Regierung gerechtfertigt erscheine *).

Sei aber dieses ausgemacht, so müsse, obgleich in zweiter Instanz nur in Betreff der Frage über die Kompetenz der Gerichte Beschwerde geführt worden, und das Erkenntniß erster Instanz hinsichtlich der früher streitenden Theile rechtskräftig geworden sei, vom Richter dritter Instanz wegen §. 1223 der Pr. Ordn., da das angefochtene Urtheil ein Endurtheil sei, gleichfalls ein Endurtheil erlassen werden, weil die Gemeinde Oberried dasjenige, was zwischen ihren angeblichen Vertretern, den bisherigen Beklagten, verhandelt worden sei, nicht anerkenne und nicht anzuerkennen habe, sondern diese unter Dritten gepflogenen Verhandlungen als nichtig anfechte, die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urtheils in der Hauptsache ihr folglich nicht entgegen gehalten werden könne. Das Endurtheil könne aber nur in Abweisung der Klage bestehen, da die von den Klägern zum Beweise ihres Klagfundaments, daß ihnen und nicht der Gemeinde das Eigenthum der fraglichen 1346 Jauchert Waldung durch einen Vergleich mit der Landesherrschaft übertragen worden, geradezu den Beweis enthalte, daß jene Uebertragung auf die Gemeinde Oberried geschehen sei."

Die nähere Ausführung über das Materielle dieses Beweises bleibt hier weg, da sich gegenwärtiger Aufsatz nur mit den beiden Fragen beschäftigt:

1) War die von großherzoglicher Regierung des Oberrheins eingeführte Oberrufung zuläßig?

2) Dürfte, wenn man diese Frage bejaht, der oberste Gerichtshof in der Hauptsache erkennen, oder hätte sich die Entscheidung desselben nicht lediglich auf Aufhebung der frühern Erkenntnisse beschränken sollen?

Die erste Frage glaube ich aus folgenden Gründen verneinen zu können:

Geht man auch mit dem obersten Gerichtshofe von der Ansicht aus, daß wegen der besondern Verhältnisse in vorliegendem Falle die beklagte Gemeinde nur durch die ihr vorgesetzte Regierungsbehörde zweiter Instanz habe vertreten

---

*) Wie dies durch den §. 10 der Verordnung vom 14. Juli 1834 auch ausdrücklich vorgeschrieben ist.

D. R.

Digitized by Google

werden können *), so ist doch eine Oberrufung nur gegen den Inhalt eines Urtheils zweiter Instanz denkbar, und kann nur von Demjenigen eingeführt werden, welcher früher streitender Theil war. Nun war aber in zweiter Instanz nur deßwegen Beschwerde geführt worden, weil sich der Richter erster Instanz für kompetent gehalten, während blos die Verwaltungsbehörden zuständig seien, es war auch in zweiter Instanz nur über diese Kompetenzfrage entschieden worden, es hätte folglich auch in dritter Instanz höchstens über diesen Kompetenzpunkt, niemals aber in der Hauptsache eine Oberberufung zugelassen werden dürfen, besonders da das Urtheil erster Instanz in der Hauptsache rechtskräftig geworden war.

Es konnte aber auch über den Kompetenzpunkt von der beklagten Gemeinde, vertreten durch die großherzogliche Regierung des Oberrheinkreises, die Oberberufung nicht eingeführt werden, weil gerade aus dem Umstand, daß die Kläger die Gemeinde nicht in ihren gesetzlichen Vertretern belangt, daß diese sich auf die Klage eingelassen, und in zweiter Instanz als Appellanten aufgetreten sind, hervorgeht, daß nur diese Personen, als früher streitende Theile, befugt seyn konnten, das Rechtsmittel der Oberberufung zu ergreifen.

Diese beiden Behauptungen stehen auch weder mit dem §. 84 noch mit dem §. 92 der Proceßordnung im Widerspruch. Denn

1) wäre durch die Verwerfung der Oberberufung der beklagten Gemeinde, d. h. ihren gesetzlichen Vertretern die Befugniß, das Verfahren der frühern Instanzen als nichtig anzufechten, nicht benommen gewesen, weil ihnen gegen das rechtskräftige Erkenntniß erster Instanz in Gemäßheit des §. 1253 der Pr. Ordn. die Wiederherstellungsklage, aber auch nur diese, zustand, und

2) wäre die Gemeinde durch die Bestimmung des §. 92 Abs. 1 der Pr. Ordn. selbst ohne Einführung von Rechtsmitteln von Seiten ihrer wahren Vertreter, gegen alle von den Klägern aus den frühern Erkenntnissen abzuleitenden Rechtsfolgen hinreichend geschützt gewesen.

Die Beantwortung der zweiten Frage dahin, daß der oberste Gerichtshof auf keinen Fall in der Hauptsache zu erkennen befugt war, und daß sich, die Zulässigkeit der eingeführten Oberberufung vorausgesetzt, die Entscheidung in dritter Instanz lediglich auf Aufhebung der frühern Erkenntnisse hätte beschränken sollen, dürfte sich dadurch rechtfertigen lassen, daß der Gesetzgeber durch die Bestimmung des §. 1223 der Pr. Ordn. blos die Zurückweisung der Processe an frühere Instanzrichter zum Behufe der Vervollständigung der Verhandlungen abzuschneiden beabsichtigt habe, wie aus dem zweiten Absatze dieser Gesetzesstelle hervorgeht, daß durch die Aufhebung der frühern Erkenntnisse eine Zurückweisung der Verhandlungen an einen frühern Richter nicht geschehen seyn würde; daß auch die Aufhebung der frühern Erkenntnisse für die von den Klägern gegen den unrechten Beklagten erhobene Klage ein Endurtheil gewesen wäre, und daß den Klägern wegen ihres Fehlers, den unrechten Beklagten belangt zu haben, nicht die Befugniß genommen werden konnte, den wahren Beklagten zu belangen, ihre Klage gegen den rechten Beklagten besser, als geschehen, zu begründen, und auf Anweisung des Richters ihren thatsächlichen Klaggrund zu beweisen.

O.G.Adv. v. Soiron.

---

*) Die Frage, ob die Kreisregierung zur Vertretung der Gemeinde als moralischer Person gegen die wirklich vorhandenen Bürger, deren Interesse als Privatpersonen jenem der idealen Gesammtheit gegenüber stand, befugt gewesen seie? — dürfte wohl gar keinem Zweifel unterliegen. Die §§. 125 und 186 der G.O. stellen nur den allgemeinen Satz auf, daß der Gemeinderath und Ausschuß, oder bei dinglichen Rechten an Liegenschaften die Gemeindeversammlung über die Proceßführung zu beschließen, und daß der Bürgermeister mit zwei Beigeordneten den beschlossenen Proceß Namens der Gemeinde zu führen habe. Der Regierung mußte daher zustehen, zum Vollzuge dieser gesetzlichen Bestimmungen insbesondere für die Fälle, da der Gemeinderath und Ausschuß oder die Gemeindeversammlung (weil zu viele ihrer Mitglieder als die Gegenpartei der Gemeinde nicht mitstimmen können) keine Beschlüsse zu fassen vermögen, die nähern ergänzenden Vorschriften zu ertheilen, wie dies sodann durch die Ministerialverordnung vom 14. Juli 1834 auch wirklich geschehen ist.

Da nun im vorliegenden Falle nicht nur der ganze Gemeinderath, sondern eine so große Anzahl der Bürger unter die Gegner der Gemeinde gehörte, daß die Uebrigen keinen gültigen Gemeindebeschluß mehr fassen konnten, so war es nach dem §. 9 der erwähnten Verordnung Sache der Kreisregierung, im Namen der Gemeinde über die Führung des Processes zu beschließen, und nach §. 10 zugleich auch die Vertreter der Gemeinde aufzustellen.

Die drei Bürger, welche in erster und zweiter Instanz die Rechte der Gemeinde vertheidigten, waren daher zur Vertretung der Gemeinde nicht befugt, und eben so wenig zur Uebernahme des Rechtsstreits auf eigene Rechnung, da die Gemeinde, beziehungsweise in ihrem Namen die Staatsbehörde, die Führung desselben auf Gemeindekosten noch nicht abgelehnt hatte. G.O. §. 125 Abs. 3 und Verordnung vom 14. Juli 1834 §. 12.

D. R.

Digitized by Google

II.

Fortsetzung des Rechtsstreits, welcher in den Annalen Nr. 42 und 43, verglichen mit Nr. 51 des zweiten Jahrganges und in den Annalen Nr. 11 des dritten Jahrganges, die Pension des Vogtes Frey betreffend, mitgetheilt wurde.

Ehe ich zur Sache selbst übergehe, muß ich darauf aufmerksam machen, daß das Urtheil großh. Oberhofgerichtes, obgleich es die Unterschrift und das Siegel trägt: „Die Aechtheit der Abschrift beglaubigt: Mannheim den 27. Dezember 1834. Gr. O.H.G.Secretariat. Schwab." unrichtig ausgefertigt ist, und daß statt Fortsetzung zu lesen ist Fortbezug, wie auch bereits in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, neue Folge zweiter Jahrgang, zu lesen ist S. 467. Mit der Verbesserung dieses Schreibfehlers ist zugleich die von mir gemachte Bemerkung gehoben, daß das Urtheil verschiedene Auslegungen erlitten. Auch die von der Redaction gemachte Anmerkung findet hiedurch ihre Erledigung. Es wird nach sorgfältiger Erwägung des Sinnes des Urtheils, wie es jetzt gegeben ist, keinem weitern Zweifel unterzogen werden können, und doch wurde es, weil man es einmal wollte, verschieden ausgelegt.

Am 21. April 1835 trug ich bei großh. Oberamte Heidelberg vor: das Urtheil sei rechtskräftig und weise in den Entscheidungsgründen unter Nr. 6 nach, daß als eine neue Last die Zahlung von jährlichen 5 fl. zu betrachten seie. Vogt Frey leiste auf diese 5 fl. Verzicht und trage durch seinen Anwalt darauf an: der Gemeinde Rohrbach aufzugeben, für die Jahre 1832, 1833, 1834, jedes Jahr 95 fl., zusammen 285 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom Tage dieses Gesuches und für die drei Jahre 3 Klafter Buchen- und 3 Klafter Eichenholz binnen gleicher Frist abzuliefern und die Kosten zu tragen. Es erfolgte am 25. April 1835 nachstehendes Decret: Duplicat der Eingabe vom 21. d. M. geht an die beklagte Gemeinde, mit der Auflage, sich über die Angabe des Klägers, daß durch die dem Kläger bewilligte Pension der Gemeinde eine neue Last über den Betrag von 5 fl. nicht auferlegt worden sei, innerhalb vierzehn Tagen zu äussern, widrigenfalls dieser thatsächliche Vortrag als eingestanden angenommen, die Schutzreden für versäumt erklärt und auf den weitern Antrag des Klägers die Zahlungsverfügung ertheilt werden soll. Die Gemeinde Rohrbach gab durch ihren Bevollmächtigten unterm 6. Mai d. J. eine Erklärung, welche mir officiell nicht mitgetheilt wurde, ab, und untersucht folgende Fragen:

1) Ist der Anspruch des Klägers auf eine Pension entschieden oder nicht?
2) Wenn die Sache nicht entschieden seyn sollte, welche Behörde ist alsdann zu deren Entscheidung kompetent?
3) Nach welchen Gesetzen muß sie entschieden werden?
4) War die Pensionsertheilung nach den einschlägigen Gesetzen auf die geschehene Art möglich?
5) Und wenn die Ertheilung der Pension auf die Statt gefundene Art nicht möglich war, wie sind die unterlaufenen großen Fehler zu saniren und die Gemeinde von der ungerechten Last zu befreien?

Die Mittheilung der Ausführung, welche einige Druckbogen füllen würde, kann um so mehr unterbleiben, als die Untersuchung dieser Fragen gar nicht hieher gehört. Am 11. Mai 1835 erließ großherzogliches Oberamt Heidelberg *) nachstehenden Bescheid:

1) Das durch Decret vom 25. April d. J. Nr. 5192 nach §. 175 und 673 Nr. 6 der Proceßordnung eingeleitete Liquidationsverfahren im Civilrechtsweg wird hiemit eingestellt.
2) Gehen die Acten an den großherzoglichen Respicienten in Verwaltungssachen, um über die Eingabe vom 6. Mai d. J. und zur Erlangung einer Entscheidung der hohen Centralbehörde das Geeignete einzuleiten.

Gründe. Die Gemeinde hat die Behauptung des Klägers, daß die auferlegte neue Last den Betrag von 5 fl. überschreitet, in Abrede gestellt und unter Vorlage der Berechnung eine größere Last behauptet. Das hochpreisliche Oberhofgericht hat nirgends eine Bestimmung, wornach die Belastung zu beweisen wäre, gegeben, und sich in den Entscheidungsgründen §. 6 deßhalb auch blos des Ausdruckes bedient: es dürfte sich die neue Last nicht über 5 fl. belaufen. Eine neue Belastung ist nach den allegirten Entscheidungsgründen und dem darin angezogenen Amtsrevisoratsberichte jeden Falles vorhanden, das Maß derselben aber sowohl jetzt durch die Administrativbehörde auszumitteln, als ihr früher diese Ausmittlung zukam, da davon ihre Kompetenz abhängt, über welche jede Behörde selbst zu entscheiden hat Das hochpreisliche Oberhofgericht hat ausdrücklich die Entscheidung der Frage über den Fortbezug der Pension, in so fern sie eine neue Belastung der Gemeinde ist, der Centralverwaltungsbehörde überlassen.

Auf die dagegen vom Kläger Frey ergriffene Berufung wurde von großh. Hofgerichte unterm 18. November 1835 erkannt, daß der Bescheid des Oberamtes Heidelberg vom 11. Mai d. J. unter Verfällung des beklagten Theils in die Kosten dieser Instanz auf

*) Respicient war der großh. Amtmann Heer Jungbanns.

Digitized by Google

zuheben und der Unterrichter anzuweisen sei, auf gepflogene weitere Verhandlungen das Rechtliche in dieser Sache zu erkennen.

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des hofgerichtlichen Urtheils vom 14. Mai 1834, welches die beklagte Gemeinde für schuldig erkennt, dem Kläger die angesprochene Pension von jährlichen 100 fl. nebst 1 Klafter Buchen- und 1 Klafter Eichenholz für das Jahr 1832 und alle künftige Lebensjahre des Klägers zu entrichten;

Nach Ansicht des oberhofgerichtlichen Erkenntnisses vom 27. Dezember v. J., welches das hofgerichtliche Urtheil mit dem Vorbehalte bestätigt, daß, in so fern durch die fragliche Pension — einschließlich der dem neuen Vogt durch Kreisdirektorialrescript vom 25. November 1828 bewilligten Besoldung von 50 fl. — der Gemeinde eine neue Last auferlegt worden wäre, der Fortbezug der Entscheidung der Centraladministrativbehörde anheim gestellt werde;

Nach Ansicht der Erwägungsgründe 6 und 8 in den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheile:

Nach Ansicht der klägerischen Eingabe vom 21. April d. J.;

Nach Ansicht des Beschlusses des Oberamtes Heidelberg vom 25. April, worin die beklagte Gemeinde aufgefordert wurde, sich über die Angabe des Klägers, daß durch die dem Kläger bewilligte Pension der Gemeinde eine neue Last von 5 fl. nicht *) auferlegt worden sei, zu erklären;

Nach Ansicht endlich des unterrichterlichen Beschlusses vom 11. Mai, welcher das durch Decret vom 25. April eingeleitete Liquidationsverfahren im Civilrechtsweg einstellt, und die Zustellung der Akten an den Respicienten in Verwaltungssachen verfügt, wogegen von dem Kläger appellirt wurde;

In Erwägung, daß das großh. Ministerium des Innern durch Beschluß vom 15. Dezember 1832 den Kläger mit seinen Ansprüchen auf eine Pension auf den Rechtsweg verwiesen hat;

In Erwägung, daß die Gerichte in zweiter und dritter Instanz über die Verbindlichkeit der beklagten Gemeinde zur Zahlung der verlangten Pension und die Größe der letztern bereits erkannt haben und erkennen mußten, indem es die Pflicht des Richters ist, nicht nur über eine Verbindlichkeit im Allgemeinen, sondern auch über das Maß derselben zu entscheiden;

In Erwägung, daß die Liquidationsverhandlungen zur Kompetenz der Gerichte gehören;

In Erwägung, daß die klägerische Eingabe vom 21. April d. J. weiter nichts enthält, als den status prætensionis des Altvogtes Frey und die Bitte um Urtheilsvollzug;

In Erwägung, daß der Unterrichter daher mit Recht Ladung erkannte;

In Erwägung, daß hinsichtlich des in dem oberhofgerichtlichen Urtheile enthaltenen Vorbehalts die Beantwortung der Frage: ob und in wie weit durch die dem Kläger verwilligte Pension der beklagten Gemeinde eine neue Last auferlegt worden sei, ohne Zweifel zur Cognition der Gerichte gehört, weil davon die Entscheidung über das Quantum der Pension abhängt;

In Erwägung, daß kein Grund vorliegt, die Entscheidung an die Administrativbehörde zu verweisen, welche inhaltlich der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe nur darüber zu verfügen hat, ob der Kläger den Theil der Pension, durch welchen die Gemeinde neu belastet wurde, fortzubeziehen habe, unter neuer Last aber nach dem Sinne der allegirten oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe in casu substrato nur der Betrag verstanden werden kann, um welchen sich die Pension des Klägers und der Gehalt seines Amtsnachfolgers zusammen höher belaufen, als der Gehalt, den der Kläger vor seiner Pensionirung bezogen hat;

In Erwägung, daß der Kläger durch den amtlichen Beschluß vom 11. Mai, welcher die erkannte Ladung aufhebt und die Sache an die Administrativbehörde verweist, beschwert erscheint.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Dr. Uihlein.

*) Es scheint das Wort nicht ein Fehler entweder der Redaction oder der Expedition des Urtheils zu seyn und sollte heißen: nur, da in der Eingabe vom 21. April d. J. zugegeben wird, daß durch die Pension von 100 fl. und die Besoldung des neuen Vogtes von 50 fl. der Gemeinde eine neue Last von 5 fl. auferlegt worden, weil der Kläger vor seiner Pensionirung eine jährliche Besoldung von 145 fl. zu beziehen hatte.

III.

Erwiederung auf den Aufsatz im dritten Jahrgang Nr. 52 Absatz II. dieser Annalen, über die Ausfertigungen der Urtheile vom Oberhofgericht an die Parteien.

In dem allegirten Aufsatze klagt der Herr Verfasser bitter über die Ausfertigungen der oberhofgerichtlichen Urtheile an die Parteien, und, wären die Voraussetzungen, worauf er seine Behauptungen stützt, wahr, so müßte man ihm, unter Bezug auf §§. 381 und 382 der Pr. Ordn., welche ganz klar sprechen, wie Urtheilsausfertigungen verfaßt seyn müssen, allerdings Beifall geben. Auffallend muß aber erscheinen, daß der Herr Verfasser mit Behauptungen gegen den

Digitized by Google

obersten Gerichtshof ausfährt, und solche der Oeffentlichkeit übergibt, ohne den Geschäftsgang desselben zu kennen, und ohne sich auch nur im geringsten am rechten Orte verläßigt zu haben, ob sich die Sache wirklich so verhalte.

Er behauptet nämlich, das Oberhofgericht stelle den Parteien Ausfertigungen von Urtheilen zu, welche nur mit einer Beglaubigung (des Secretariats) versehen seien. Diese Behauptung ist aber total der Wahrheit zuwider, und er hätte sich selbst recht gut davon überzeugen können, wenn er statt nur das Ende, den Anfang — wie es doch gewöhnlich zu geschehen pflegt — der ihm vorgelegenen s. g. Ausfertigung gelesen hätte, wo ganz deutlich das Wort „Abschrift" steht. Eine Abschrift ist aber im technischen Sinne doch wahrlich keine Ausfertigung des Gerichtshofes, sondern nur das Machwerk eines Decopisten, welches zu fertigen Jedermann freisteht.

Der höchste Gerichtshof stellt Ausfertigungen von Urtheilen aus, wo und wie es das Gesetz vorschreibt, und der Geschäftsgang desselben ist in dieser Beziehung folgender:

Werden von beiden Parteien Anwälte aufgestellt, und sind von diesen bei der Urtheilspublikation Beide oder nur Einer ausgeblieben, so wird dem Nichtanwesenden eine Ausfertigung des Urtheils nach der Vorschrift des §. 381 der Pr. Ordn. zugestellt, ist nur von einer Partei ein Anwalt bestellt, so tritt für diesen das eben Gesagte ein, und der Partei, welche keinen Anwalt hat, wird eine gleiche Ausfertigung schriftlich behändigt, erscheinen aber bei der Urtheilspublikation die Anwälte beider Theile, so ist mir allerdings kein Fall erinnerlich, in welchem von dem Oberhofgerichte eine Ausfertigung des Urtheils zugestellt worden ist. Der Grund hievon ist aber ganz einfach der, weil bis jetzt noch kein Anwalt eine solche Ausfertigung von dem Oberhofgerichte verlangt hat, und weil in diesem Falle der Gerichtshof eine solche nach §. 382 der Pr. Ordn. der Partei resp. deren Anwalt nur auf Verlangen zuzustellen verbunden ist. Würden die Anwälte ja eine Ausfertigung von dem Oberhofgerichte verlangen, so werden sie auch solche erhalten. Dieselben haben aber, aus was immer für einem Grunde, stets vorgezogen, statt förmlichen Ausfertigungen nur Abschriften von dem Secretariate zu begehren, welches solche aber nicht einmal durch das Kanzleipersonale, sondern durch besondere Decopisten fertigen läßt, und deren Richtigkeit vorschriftmäßig beurkundet. Diese Abschriften sollen aber auch weiter nichts seyn, als was sie sind, und es ist wohl außer dem Herrn Verfasser des jenseitigen Aufsatzes noch Niemanden eingefallen, denselben einen anderen Charakter zu unterstellen. Häufig verlangen aber die Anwälte nicht einmal derartige Abschriften, sondern lassen sie oft selbst besorgen, oder unterlassen auch dieses. Ein Zwang kann ihnen begreiflich nicht auferlegt werden.

Zugleich führt auch derselbe Herr Verfasser an, daß das Oberhofgericht dem Hofgericht Rastatt eine Urtheilsausfertigung zur Zustellung an den Oberappellaten mitgetheilt habe, rügt dieses als ordnungswidrig und sucht seine Rüge damit zu begründen, daß nach jetzigem Verfahren die Hofgerichte die vom Oberhofgerichte ausgegangenen Erkenntnisse nicht mehr zu publiciren haben. Hierauf ist aber zu erwiedern, daß er den Sinn des fraglichen oberhofgerichtlichen Decrets ganz und gar außer aller Acht gelassen hat, welches eine Auflage zur Publikation auch mit keiner Sylbe erwähnt, und auch nichts davon enthalten kann, da man recht gut weiß, daß nach §. 383 und 384 der Pr. Ordn. die Verbindung, wenn auch ein oder beide Theile in der hiezu anberaumten Tagfahrt nicht erscheinen, gleichwohl Statt findet, das Urtheil für eröffnet gilt, und daher die Zustellung der Ausfertigung nicht loco publicationis geschieht, sondern nur zur Nachricht dienen soll. Solche Zustellungen der oberhofgerichtlichen Urtheile müssen aber (obschon es gewöhnlich durch das Amt geschieht) die Hofgerichte besorgen, da das Oberhofgericht nicht mit den Aemtern, sondern nur mit den ihm unmittelbar untergeordneten Stellen zu communiciren braucht.

Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.
Lex 24. Dig. I. 2.

Schwab.

IV.

Erwiederung auf das Curiosum in Nr 35 der Annalen der großh. badischen Gerichte vom Jahr 1835.

Da sich nach den amtlichen Acten diese Sache ganz anders verhält, als der Verfasser des Curiosums angegeben hat, so fühlen wir uns verpflichtet, Folgendes zu unserer Rechtfertigung dagegen zu antworten:

Es haben allerdings einige Israeliten dem Joh. Münzer von Hausen um 19500 fl. Haus und Hof abgekauft, und Verkäufer hat sich das Wohnungsrecht bis Pfingsten 1836 vorbehalten. Da nun die Käufer ein Interesse hatten, das erkaufte Gut sobald als möglich wieder los zu schlagen, so machten sie am 16. Juli d. J. eine Eingabe an's Amt und baten darin, man möchte sie zum Verkaufe des Gutes ermächtigen, bevor noch die Loosungszeit abgelaufen sei.

Am nämlichen Tage wurde die Verfügung erlassen, welche vom Verfasser des Curiosums angefochten wird, weil man den Käufern darin den Verkauf des Gutes erlaubte, ohne Jemanden zu hören.

Digitized by Google

Daß dieses in vorliegendem Falle gar nicht nothwendig, ja nicht einmal möglich war, geht klar daraus hervor, daß am 16. Juli, als wir die Verfügung erließen, noch nirgends eine Loosung angesagt war.

Da wir nun wohl wußten, daß nach dem Gesetze über die Loosung vom 7. Juni 1808 §. 15c der Käufer während der Loosungszeit, so lange nur die Loosung noch nicht angekündigt ist, die Sache weiters veräußern darf, so sehen wir nicht ein, warum wir den Israeliten den weitern Verkauf nicht hätten erlauben können, ehe wir zuvor Jemanden gehört hätten.

Man könnte höchstens sagen, jene Verfügung hätte unterbleiben, und die Israeliten hätten ohne amtliche Ermächtigung verkaufen können, weil die Loosung erst am 21.—26.—27. Juli angekündigt wurde, und es nach dem Gesetze in der Befugniß des Käufers steht, vor der Loosungsankündigung die Sache weiter zu veräußern. Allein da sie die amtliche Ermächtigung durch ihre Eingabe, der sie den Verkaufsvertrag beilegten, ausdrücklich verlangten, so hat man gar keinen Anstand gefunden, ihnen die Erlaubniß zum Verkaufe zu ertheilen. Gesetzt nun aber auch, unsere in jener Verfügung ausgedrückte Ansicht über die Wirksamkeit und des Vorhandenseyns persönlicher Leistungen wäre die unrichtige, so wird man uns doch gewiß nicht einer Nichtachtung der Verhandlungsmaximen und des „audiatur et altera pars," wie der Verfasser spottweise darzustellen sucht, beschuldigen können. Denn wie schon erwähnt, wurde die bezeichnete Verfügung am 16. Juli erlassen, und erst am 21 resp. 26. und 27. Juli geschah die Loosungsankündigung.

Da nun am 16. Juli die Käufer durch ihre Bitte um Ermächtigung zum Verkaufe des fraglichen Gutes nichts gegen die Rechte Dritter verlangten, sondern nur begehrten, was ihnen das Gesetz zum Voraus erlaubte, so war hier weder ein Rechtsstreit vorhanden, noch die Entstehung eines solchen wegen der fraglichen Eingaben gedenkbar, indem ja die spätere Loosung wenn die Käufer das Gut vorher wieder verkauft hätten, nur gegen den zweiten Verkauf gegangen wäre. Es durfte also und konnte aber auch keine Gegenpartei gehört werden, ehe man jene Verfügung erließ, indem in vorliegendem Falle keine vorhanden seyn konnte, bevor die Loosung angekündigt war *).

*) Eben darum, weil keinerlei Streit vorhanden war, lag auch kein Anlaß zu einem Ausspruch des Bezirksamtes über die Befugniß der Käufer zum Wiederverkauf des Gutes vor, und das Bezirksamt hätte das Gesuch um eine durch die Gesetze hier nirgends begründete Ermächtigung zum Gutsverkauf lediglich zurückweisen sollen, indem es durch einen solchen Ausspruch den Käufern in Beziehung auf den Wiederverkauf des Guts weder Rechte geben, noch nehmen konnte.

Da nun aber die Verhandlungsmaxime nur dann verletzt werden kann, wenn in einem Rechtsstreit der Richter ex officio handelt, ohne die Gegenpartei zu hören, oder wenn er dem einseitigen Begehren einer Partei, welches möglicherweise die Rechte dritter Personen verletzt, Folge leistet, da dieses nach dem Vorgetragenen hier überall nicht der Fall ist, so glauben wir uns gegen den Vorwurf der Nichtachtung der Verhandlungsmaxime gerechtfertiget zu haben, und überlassen die Beurtheilung des Curiosums dem Urtheile sachkundiger Männer.

Möhringen, den 8. Oktober 1835.

Großh. Bad. Bezirksamt.

Würth.

V.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über die Bemessung der Appellationssumme bei Dienstbarkeiten.

In einem Rechtsstreit über die Bewässerung einer Wiese schützte der Kläger, wahrscheinlich auf eine, übrigens außerhalb der Protokolle gebliebene Aufforderung des Richters, den Mehrertrag seiner Wiese, wenn ihm das angesprochene Wässerungsrecht zuerkannt werde, dahin, daß er kapitalisirt nur die Summe von 40 fl. erreichte. Der Unterrichter entnahm nun daraus die Summe des ganzen Rechtsstreits, unterstellte das abgekürzte Verfahren, und in der ergriffenen Appellation wollte der Appellat sogar das Vorhandenseyn der Appellationssumme bestreiten. Allein man erachtete ohne Anstand das Vorhandenseyn der ordinären Appellationssumme, indem die dienenden Grundstücke einen diese Summe bei weitem übersteigenden Werth hatten, und nach §. 1174 §. 3 der Pr. Ordn. bei Grunddienstbarkeiten nicht der Ertragswerth der Dienstbarkeit, als jährliche Leistung, wie im Fall des §. 1174 Nr. 6, sondern der Werth des herrschenden, oder beziehungsweise des dienenden Grundstücks die Appellationssumme, und überhaupt die Summe des Rechtsstreits bestimmt.

Sander.

Im Uebrigen ist im Amtsbeschlusse vom 16. Juli 1835 (Annalen Nr. 35) keineswegs der §. 15c die Loosungsordnung, wornach der Käufer vor erfolgter Loosungsankündigung das der Loosung unterworfene Gut beliebig wieder verkaufen kann, als das Motiv der ertheilten Verkaufsermächtigung angeführt, sondern vielmehr der Umstand, daß hier (im speziellen Falle) wegen bedungener persönlicher Leistungen nach §. 9 der Loosungsordnung die Loosung gar nicht Statt finde, und in diesem Entscheidungsgrund lag allerdings eine Art Ausspruch gegen Dritte, die da etwa noch loosen möchten, und gegen diese wäre ein solcher Ausspruch jedenfalls unwirksam, da er ohne vorausgegangene Verhandlung, und ehe sie überhaupt Partei waren, erfolgte.

D. R.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 4. Karlsruhe den 23. Januar 1836.

I.

In welchen Fällen ist bei Verlassenschaften ein öffentliches Erbverzeichniß und eine gerichtliche Theilung nothwendig, und findet in diesen Fällen eine Dispensation von der einen oder der andern Statt?

Nach der ältern Gesetzgebung war es Grundsatz, daß bei Verlassenschaften in der Regel öffentliche Erbverzeichnisse aufzustellen, und eben so, daß die Erbtheilungen gerichtlich, d. h. von den dazu bestimmten Behörden vorgenommen werden mußten. Dieser Grundsatz beruhte auf der unterstellten Rechtsunkenntniß oder vielmehr Rechtsunmündigkeit der meisten Staatsangehörigen. Das Gesetz ließ daher auch in einzelnen Fällen, wo diese Unterstellung des Gesetzgebers nicht vorhanden war, oder aus Gründen der Billigkeit, eine Dispensation davon zu. Alphabetischer Gesetzesauszug Bd. I S. 288 und folgende; Bd. II S. 257 und 260. Hofrathsinstruktion §. 30 lit. b und §. 32.

Anders gestaltete sich die Sache durch Einführung des französischen Gesetzbuchs, welchem diese Unterstellung von der Rechtsunkenntniß oder Rechtsunmündigkeit des größern Theils der Staatsangehörigen fremd ist. Durch dasselbe wurde der angeführte Grundsatz gerade umgekehrt. Denn darnach ist in der Regel den Erbsinteressenten überlassen, die Erbtheilung nach Gutfinden und in jeder beliebigen Form auseinander zu setzen. L.R.S. 819. Es hängt daher lediglich von ihrem Ermessen ab, ob sie ein öffentliches Erbverzeichniß errichten und die Theilung vornehmen wollen oder nicht. Eine Ausnahme von diesem in L.R.S. 819 als Regel aufgestellten Grundsatz, tritt nach L.R.S. 838 dann ein, wenn unter den Erben Minderjährige, Entmündigte oder Abwesende sich befinden.

In einem solchen Falle muß die Theilung der Verlassenschaft gerichtlich geschehen, und eine solche Theilung setzt nothwendig auch ein öffentliches Erbverzeichniß voraus. Eine Dispensation von der öffentlichen Inventur findet aber auch in diesem Fall niemals Statt. Dies folgt aus der bestimmten Vorschrift des L.R.S. 838 und aus der Natur eines gebietenden Gesetzes; denn wenn einmal ein Gesetz eine bestimmte Vorschrift gibt, so muß diese auch in allen den Fällen, welche unter dasselbe passen, zur Anwendung kommen. Keine Behörde ist befugt, in einzelnen Fällen eine Abweichung davon zu gestatten, wenn ihr das Gesetz dies nicht selbst erlaubt, was aber in Bezug auf die in L.R.S. 838 enthaltene Vorschrift der Fall nicht ist.

Die allegirten L.R.S. 819 und 838 sprechen sich über Regel und Ausnahme so deutlich aus, daß ein Zweifel über die richtige Auslegung wohl niemals hätte entstehen sollen und gewiß auch nicht entstanden wäre, wenn nicht eine Rechtsbelehrung des großherzoglichen Justizministeriums vom 7. März 1810, Regierungsblatt Nr. XI S. 84, Verwirrungen in diese Rechtsmaterie gebracht hätte.

Diese Rechtsbelehrung hebt drei Gesichtspunkte hervor, aus welchen bei Verlassenschaften ein Erbverzeichniß nothwendig werden kann, nämlich

A. den bürgerrechtlichen,
B. den polizeilichen und
C. den staatsrechtlichen.

Der letztere braucht indessen hier nicht berührt zu werden.

Nachdem in der Rechtsbelehrung unter A die Fälle aufgezählt sind, in denen aus bürgerrechtlichen Gründen, d. h. weil das bürgerliche Gesetzbuch es so verordnet, ein Erbverzeichniß nothwendig seyn soll, wird bemerkt, daß nur bei den drei letztern derselben wegen der Betheiligung Dritter ein öffentliches Erbverzeichniß nothwendig sei, daß aber bei den übrigen ein Privaterbverzeichniß genüge. Darauf wird gleich unter B weiter fortgefahren: Weil jedoch in polizeilicher Beziehung, besonders wegen der Rechtsunkunde der meisten Erben, schon längst verordnet gewesen, daß alle nöthigen Inventuren durch die Amtsschreibereien und Amtsrevisorate errichtet werden, was auch durch das Organisationsedict Beil. C §. 38 lit. e seine fortdauernde Kraft erhalten, so folge daraus von selbst, daß nun in allen unter A genannten Fällen, wo Erbverzeichnisse nothwendig sind, solche durch diese dazu verordnete Staatsbehörde ge-

Digitized by Google

fertigt werden müssen, wenn nicht die betreffende Oberpolizei Nachsicht bewillige.

Unter lit. D ist sodann bemerkt, in welchem Falle allein noch kein Erbverzeichniß nothwendig ist, und in lit. E endlich bestimmt, daß eine unverzeichnete Hinnahme der Verlassenschaft nur dann noch Statt finde, wenn das Amt vorher von der Sache Cognition genommen und die Erben auf die Nachtheile, welche ihnen daraus erwachsen könnten, wenn sie die Erbschaft ohne Vorsicht des Erbverzeichnisses antreten, aufmerksam gemacht hat.

Ich habe mir nun hier die Beleuchtung der Frage zur Aufgabe gesetzt, in wie fern die angeführte Rechtsbelehrung vor den Regeln der Hermeneutik besteht oder nicht?

In Bezug auf diese Frage bemerke ich nun

I. Zu lit. A der Rechtsbelehrung. In Hinsicht auf die hier ausgesprochenen Grundsätze fragt es sich:

1) Ist wirklich in den hier angeführten Fällen ein Erbverzeichniß nothwendig?
2) Muß das Erbverzeichniß in den deßfalls bezeichneten Fällen (A e — g) ein öffentliches seyn?
3) Genügt es in den andern genannten Fällen (g — d) an einem Privaterbverzeichniß?

Zu 1. In Bezug auf die unter a, b, e, f und g angeführten Fälle scheint es mir keinem Zweifel zu unterliegen, daß ein Erbverzeichniß aufzustellen ist.

Anders verhält es sich aber hinsichtlich der Fälle unter c und d *). Wenn es nämlich schon nicht bezweifelt werden kann, daß nach den angerufenen Gesetzesstellen die Frau, beziehungsweise der Ehemann, befugt ist, zu verlangen, daß ein Erbverzeichniß aufgestellt wird, so folgt doch wohl daraus noch keineswegs, daß beide gegen ihren Willen von der Staatsbehörde gezwungen werden können, ein Erb- oder Vermögensverzeichniß zu errichten, daß aber die Staatsbehörde die Befugniß zu einem solchen Zwang haben soll, scheint aus der Rechtsbelehrung, besonders aus der Bestimmung unter lit. D und E unzweifelhaft hervorzugehen. Es ließe sich aber derselbe gewiß aus den angerufenen L.R.Sätzen 1414 und 1531 nicht nur nicht rechtfertigen, sondern er stünde auch mit den L.R.S. 819 und 838, so wie mit dem Geiste unseres ganzen Gesetzbuchs, welches eine derartige Bevormundung großjähriger Staatsbürger nicht kennt, in geradem Widerspruche. Ließe sich aber auch ein solcher Zwang durch L.R.S. 1414 für den hier unterstellten Fall begründen, so ließe sich doch nicht einsehen:

a) Warum daraus weiter gefolgert werden will, daß in allen Fällen, wo einer der Erben in der Fahrnißgemeinschaft lebt, ein Erbverzeichniß aufzustellen ist. Der L.R.S. 1414 hat den Fall im Auge, wo die Erbschaft aus Fahrniß und Liegenschaften besteht und Schulden auf derselben haften. Wie nun aber, wenn auf der Erbschaft keine Schulden haften? Oder wenn Schulden darauf haften, sie besteht aber nur aus Fahrniß, was so oft der Fall ist?! Das sind doch ganz andere Fälle, als das Gesetz in L.R.S. 1414 unterstellt.

---

*) Die Fälle e und f dürften den Fällen c und d wohl gleichzustellen seyn.

Man verwechsle nicht den Fall, da Jemand, wenn er civilrechtliche Nachtheile vermeiden und seine Rechte wahren will, die Inventur selbst verlangen muß, mit dem Falle, da dieselbe von Staatswegen gefordert werden kann.

Im ersten Falle ist es lediglich Sache des Betheiligten, das Erbverzeichniß aufnehmen zu lassen oder nicht. Geht er aber von dieser Aufnahme ab, so hat er sich die nachtheiligen bürgerlichen Folgen, die für ihn hieraus hervorgehen mögen, selbst zuzuschreiben, ohne daß jedoch irgend ein amtliches Einschreiten Statt fände, wodurch die Inventur von Staatswegen veranlaßt würde.

Hieher gehören aber nicht nur die Fälle c und d, sondern auch die Fälle e und f.

Wenn im Falle c der in einer gesetzlichen Gütergemeinschaft lebende Erbe sich gegen den Streit: welcher Theil der ererbten Schulden bei seinem ehelichen Güterverhältnisse in die Gemeinschaft, und welcher auf seine eigenen Liegenschaften falle, und insbesondere gegen das deßfallsige Präjudiz des L.R.S. 1415 sich sicher stellen, und eben so wenn (d) der Ehemann bei Uebernahme der nach L.R.S. 1531 später wieder rückzuerstattenden eheweiblichen Fahrnisse sich gegen künftige Anstände vorsehen will, so hat er im erstern Falle die Fertigung eines Erbverzeichnisses, und im letztern Falle die Aufstellung des eheweiblichen Beibringensverzeichnisses zu veranlassen. In gleicher Weise hat in den Fällen e und f die Wittwe, wenn sie das Recht der Entschlagung bewahren will, nach S. 1456 die Verzeichnung des Gemeinschaftsvermögens, oder der Vorsichtserbe, wenn er die Vortheile des S. 802 genießen will, nach S. 794 und 795 die Fertigung eines Erbverzeichnisses zu veranlassen. Wenn aber der Vorsichtserbe oder die Wittwe dies unterläßt, so findet hier eben so wenig, als in den Fällen c und d ein amtliches Einschreiten Statt.

Ein solches Einschreiten (auf den Antrag des Kronanwalts, d. h. von Staatswegen) ist nach dem S. 819 Abs. 2 nur allein zulässig, wenn unter den Erben Abwesende, Minderjährige oder Mundlose sind, und nach S. 1061, verglichen mit S. 1057, bei Aftererbschaften. In allen andern Fällen überläßt es das Gesetz lediglich den Betheiligten, ob sie es ihren Interessen angemessen finden, ein Erbverzeichniß aufstellen zu lassen oder nicht, und es dürfte wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Rechtsbelehrung vom 7. März 1810 irrig sei, in so fern sie auch in andern Fällen (jene aus finanziellen Gründen — C — abgerechnet) den Staatsbehörden das Recht zuerkennt, eine Erbverzeichnung von Amtswegen anzuordnen. Es wäre also eine Berichtigung jener Rechtsbelehrung allerdings zu wünschen.

Bekk.

Digitized by Google

Nach dem Grunde desselben ließe es sich daher auf diese Fälle nicht im Entferntesten anwenden.

b) Wie man, da diese Gesetzesstelle nur auf die Fahrnißgemeinschaft Bezug hat, solche auf alle Gemeinschaftsarten ausdehnen will, da doch der Grund des Gesetzes nur auf die gesetzliche Gütergemeinschaft paßt. Warum sollte z. B. in dem gegebenen Fall, wenn einer der Erben in einer allgemeinen Gütergemeinschaft lebt, ein Erbverzeichniß aufgestellt werden?

c) Warum, wenn einer der Erben in einer Ehe auf Gemeinschaft lebt, die ganze Verlassenschaft verzeichnet werden soll? Nach L.R.S. 1414 würde es ja genügen, wenn die Erbportion des betreffenden Erben verzeichnet wird?

Zu 2. Wird es wohl keinem Zweifel unterworfen werden können, daß in den unter e, f und g angeführten Fällen ein öffentliches Erbverzeichniß aufzustellen ist.

Zu 3. Desto mehr wird es aber zu bezweifeln seyn, daß ein Privaterbverzeichniß in den unter a und b benannten Fällen genügt. Der L.R.S. 838 schreibt nämlich deutlich vor, daß da, wo ein Minderjähriger, Mundloser oder Abwesendet unter den Erben sich befindet, eine gerichtliche Theilung Statt finden müsse. Schon daraus folgt, daß auch das Erbverzeichniß, welches der Theilung vorhergeht, ein öffentliches seyn muß. Ueberdies liegt auch schon in L.R.S. 821, verglichen mit L.R.S. 838, deutlich diese Bestimmung. Nirgends erlaubt dagegen das Gesetz eine Dispensation von beiden gesetzlichen Bestimmungen. Es kann daher auch eine solche niemals ertheilt werden.

Wären aber auch diese beiden so klar sprechenden Gesetzesstellen nicht vorhanden, so könnte es doch keinem Zweifel unterliegen, daß, so oft eine der genannten Personen als Erbe bei der Verlassenschaft betheiligt ist, das Erbverzeichniß ein öffentliches seyn muß, weil nach L.R.S. 461 für einen Minderjährigen eine Erbschaft nie anders, als unter der Vorsicht des Erbverzeichnisses angetreten werden kann. Wenn daher die Rechtsbelehrung sagt, daß in dem Falle, wenn ein Erbe die Erbschaft unter der Vorsicht des Erbverzeichnisses antreten will, ein öffentliches Erbverzeichniß nothwendig sei, während darnach da, wo ein Minderjähriger unter den Erben sich befindet, ein Privaterbverzeichniß genügen soll, so geräth dieselbe in Hinblick auf L.R.S. 461 mit sich selbst in Widerspruch.

II. Zu B. Wenn die angeführte Rechtsbelehrung die frühere Gesetzgebung, wornach in der Regel alle Erbtheilungen und Erbverzeichnisse durch die Amtsschreibereien, die spätern Amtsrevisorate, aufzustellen waren, gleichsam als eine polizeiliche Einrichtung zum Schutz der Staatsangehörigen gegen Rechtsunkunde beibehalten wissen will, so steht dies nicht allein mit der deutlichen und ausdrücklichen Bestimmung in L.R.S. 819, sondern auch mit dem Geiste unsers ganzen Gesetzbuchs, welches eine derartige Bevormundung nicht kennt, im Widerspruch. Auch läßt sich diese Ansicht durch die Bestimmung in der Organisation von 1809 Beil. lit. C §. 38 lit. e nicht rechtfertigen. Hier ist in den Geschäftskreis der Amtsrevisorate die Besorgung der Inventuren und Theilungen gewiesen. Dies ist aber doch gewiß nur von dem Falle zu verstehen, wo öffentliche Inventuren und gerichtliche Theilungen vorzunehmen sind. Keineswegs läßt sich aber diese Bestimmung dahin ausdehnen, daß die Amtsrevisorate in allen Fällen, wo Inventuren und Theilungen vorzunehmen sind, solche zu fertigen haben. Eine solche Auslegung würde selbst mit der Rechtsbelehrung vom 7. März 1810 in Widerspruch gerathen, da es ja selbst nach dieser (lit. D) noch Fälle gibt, wo auch ohne Dispensation ein Privaterbverzeichniß und eine Privattheilung Statt finden kann. Auch wäre es, wenn man der allegirten Stelle in der Organisation von 1809 diese Deutung geben wollte, auffallend, daß dieselbe bei dem Geschäftskreis der Kreisdirektorien nicht auch die Dispensation von öffentlichen Inventuren aufführt.

III. Zu lit. D und E. So viel ist allerdings richtig, daß nach der Rechtsbelehrung vom 7. März der Grundsatz, wie ihn unser Landrecht hinsichtlich der Fertigung öffentlicher Erbverzeichnisse und der gerichtlichen Erbtheilungen aufstellt, gerade umgekehrt wäre. Während nämlich nach L.R.S. 819 die Erbtheilung in der Regel in einer jeden beliebigen Form geschehen kann, es sohin lediglich von der Willkühr der Interessenten abhängt, ob und welches Erbverzeichniß sie aufstellen lassen wollen, müßte nach der Rechtsbelehrung in der Regel ein öffentliches Erbverzeichniß aufgenommen und die Erbtheilung gerichtlich, d. h. durch die hiezu bestimmten Behörden vorgenommen werden. Daß aber dieser in der angeführten Rechtsbelehrung aufgestellte Grundsatz mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht übereinstimmt, glaube ich hinreichend gezeigt zu haben. Eben so bedarf es wohl keiner weitläufigen Ausführung, daß die unter lit. E gegebene Vorschrift sich von selbst nicht versteht, und daß sie sich auch aus einer bestimmten gesetzlichen Bestimmung nicht ableiten läßt. Aus dieser Darstellung ergibt sich nun die Richtigkeit des oben aufgestellten Grundsatzes: Erbtheilungen können von den Interessenten selbst in jeder beliebigen Form gefertigt werden. Sohin hängt es auch lediglich von ihnen ab, ob und welches Erbverzeichniß sie errichten wollen. Nur wenn Minderjährige, Mundlose oder Abwesende unter den Erben sich befinden, muß die Theilung gerichtlich geschehen, und zu diesem Ende ein öffentliches Erbverzeichniß aufgestellt werden. In einem solchen Falle findet aber auch eine Dispensation von der gesetzlichen Vorschrift niemals Statt. Es kann nun zwar nicht wohl einem Zweifel unterliegen, daß

Digitized by Google

die Rechtsbelehrung vom 7. März 1810 als eine authentische nicht zu betrachten, und daß ihr daher auch nicht mehr Werth beizulegen ist, als sie nach ihrem innern Gehalt verdient. Allein dieselbe hat sich doch im Laufe der Zeit sowohl bei den Amtsrevisoraten, als bei den Aemtern und Kreisregierungen Eingang zu verschaffen gewußt. Damit sind aber in doppelter Hinsicht üble Folgen verbunden, denn auf der einen Seite findet bei Verlassenschaften, wo nur großjährige Erben vorhanden sind, und der Staat auch nicht wegen der Accise ein Interesse hat, sich in die Sache zu mischen, ein Zwang zur öffentlichen Inventur und Theilung Statt, wenn nicht gegen Entrichtung der Taxe die Dispensation ertheilt wird; dadurch werden aber den Leuten nicht nur oft unnöthige Kosten verursacht, sondern es wird auch nicht selten (wenigstens kenne ich Beispiele) der Same der Zwietracht unter die Familien gestreut. Auf der andern Seite wird aber da, wo Minderjährige, Entmündigte oder Abwesende bei der Verlassenschaft betheiligt sind, wo sohin der Staat die Pflicht hat, deren Interesse zu wahren, gegen die gesetzliche Bestimmung in L.R.S. 838 und 461 Dispensation von der öffentlichen Inventur und Erbtheilung ertheilt. Auf diese Weise bietet sich die auffallende Erscheinung dar, daß man, geleitet von der Besorgniß, die Staatsangehörigen möchten wegen Rechtsunkunde in ihren Rechten gekränkt werden, diese nicht allein im Widerspruch mit dem Gesetz, sondern auch mit einer weisen Gesetzgebung ohne Noth bevormundet und in ihrer natürlichen Freiheit beschränkt, dagegen aber bei solchen Staatsangehörigen, bei denen eine Vorsorge des Staats Noth thut und die Gesetze eine solche auch weise getroffen haben, dieselbe außer Acht gelassen hat.

Es dürfte am Ort seyn, daß von derselben Stelle, welche durch ihre Gesetzeserläuterung zu der unrichtigen Uebung die Veranlassung gegeben hat, diese auch wieder verbannt würde.

Zum Schlusse habe ich nur noch die Bemerkung anzufügen, daß die Rechtsbelehrung vom 7. März 1810 zwar nur ausdrücklich von Erbverzeichnissen spricht, sie wird aber auch auf Erbtheilungen ausgedehnt, d. h., auf den Grund gedachter Rechtsbelehrung hat sich die Ansicht gebildet, daß auch die Erbtheilungen in allen dort bezeichneten Fällen öffentlich vorzunehmen seien und zwar, wie mir scheint, auch mit Recht, wenn nur das Fundament, worauf sie sich gründet, besser wäre. Wenn nämlich die Rechtsbelehrung unter lit. B annimmt, daß in polizeilicher Hinsicht — wegen der Rechtsunkunde der meisten Erben — die frühere Gesetzgebung, wornach die Inventuren durch die Amtsschreibereien zu fertigen waren, beibehalten worden sei, und zur Begründung dieser Ansicht auf die Organisation von 1809 Beil. lit. C §. 38 lit. e sich bezieht, so kann man, da unzweifelhaft die Fertigung der Theilung das schwierigere Geschäft ist, mit noch mehr Fug sagen: da bisher die Theilungen in polizeilicher Beziehung wegen der Rechtsunkunde der meisten Erben den Amtsschreibereien übertragen waren, und die Organisation von 1809 in Beil. lit. C §. 38 lit. e dies Geschäft den Amtsrevisoraten überträgt, so folgt, daß überall, wo Theilungen vorzunehmen sind, solche durch die Amtsrevisorate gefertigt werden müssen.

Daß indessen diese Annahme bei den Erbverzeichnissen und darnach auch bei den Theilungen unrichtig ist, glaube ich oben schon zur Genüge gezeigt zu haben.

Schmitt*).

II.

Können die Väter zweier Ehegatten zu gleicher Zeit Mitglieder des Gemeinderaths seyn?

Der Sohn eines Gemeinderaths P. heirathete die Tochter des Bürgermeisters K.

Ein Theil der Bürger trat nun bei dem Bezirksamt mit einer, auf den §. 13 Nr. 4 der G.O. gegründeten, Beschwerde auf und verlangte, daß, da der Gemeinderath und Bürgermeister, als unter sich im zweiten Grade verschwägert, nach dieser Gesetzesstelle nicht zu gleicher Zeit im Gemeinderath sitzen können, der Eine derselben aus dem Gemeinderath entfernt werde.

Dieses Begehren wurde aber durch alle Instanzen verworfen, weil unter den gedachten zwei Mitgliedern des Gemeinderaths keine Schwägerschaft bestehe.

Die Beschwerdeführer suchten eine solche Schwägerschaft damit zu begründen, daß sie sagten: der Bürgermeister K. sei zu seinem Schwiegersohn im ersten, und folglich zu des letztern Vater, Gemeinderath P., im zweiten Grade verschwägert.

Allein zwischen den Verwandten zweier Ehegatten nehmen die Gesetze keine Schwägerschaft an, sondern diese besteht nur zwischen dem einen Ehegatten und den Verwandten des andern Ehegatten, so wie zwischen dem Letztern und den Verwandten des Erstern. Darnach ist des Bürgermeisters Tochter wohl mit dem Gemeinderath P. und dessen weitern Verwandten, dieser Gemeinderath P. aber keineswegs auch mit dem Bürgermeister oder andern Verwandten seiner Schwiegertochter verschwägert.

Der §. 13 Nr. 4 der G.O. untersagt zwar auch, daß die Ehemänner noch lebender Schwestern gleichzeitig im Gemeinderath sitzen, allein dies ist eine singuläre Bestimmung und folgt nicht aus dem Verbot, wornach Schwäger im zweiten Grade nicht gleichzeitig Mitglieder des Gemeinderaths seyn sollen; es kann also aus dieser Bestimmung für den vorliegenden Fall, da es sich um die Väter zweier Ehegatten handelt, nichts abgeleitet werden.

Bekk.

*) Regierungsrath in Rastadt.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe den 30. Januar 1836.

I.

Oberhofgericht.

Fortsetzung des Rechtsfalles über einen von dem vormaligen Fürstbischof zu Straßburg verkauften Staats- und Hofdienst.

(Annalen Jahrgang II Nr. 8.)

Gegen das hofgerichtliche Erkenntniß ergriffen die Kläger das Rechtsmittel der Appellation an das Oberhofgericht, und stellten die Beschwerden auf:

1) daß sie mit allen nicht vorgebrachten Beweismitteln ausgeschlossen,
2) mit ihrer Klage abgewiesen und
3) in die Kosten des Processes verfällt worden seien.

Zur Begründung dieser Beschwerden wurde vorgetragen:

Ad 1. Auf das Beweiserkenntniß vom 13. März 1833 ist allerdings eine Beweisantretung binnen der gesetzten Frist nicht gereicht, und darum unterm 11. Juni gegen die Kläger Ausschluß erkannt worden.

Diese Verfügung wurde jedoch nicht der Partei selbst eröffnet, die Beweisantretung kam innerhalb der Wiederherstellungsfrist — wenn auch ohne Wiederherstellungsbitte — wirklich ein, und das mittelrheinische Hofgericht hat am 9. Juli förmliche Wiederherstellung ertheilt.

Später hat der Fiskalanwalt nicht auf Ausschluß angetragen, und es war auch eine Versäumniß im gesetzlichen Sinne nicht vorhanden *). Pr. Ordn. Tit. 30 §. 1178.

Ad 2. Der Reichsdeputationshauptschluß vom Jahre 1803 §. 78 erklärt alle Schulden eines abgehenden geistlichen Regenten, welche auf versio in rem beruhen, für Landesschulden. Wenn also erwiesen ist, daß von Müllenheim die geforderten 18000 Livres in die bischöfliche Staatskasse bezahlt hat, so ist versio in rem vorhanden, und der großherzogliche Fiskus muß diese Diensteinlage wenigstens zu dem Theile ersetzen, zu welchem er das Bisthum Straßburg erworben hat.

Zu dem in der ersten Instanz versuchten Beweise wurden demnach noch folgende Beweismittel beigebracht:

a) eine Quittung über bezahlte 72 Livres par forme de reconnaissance;
b) Zeugen darüber, daß kein unter dem Kardinal von Rohan gekauftes Amt angetreten und ausgeübt werden konnte, ehe die Diensteinlage — la finance — bezahlt war, daß Freiherr von Müllenheim den Dienst des Oberjägermeisters um 18000 Livres erkauft, und diese Summe in die bischöfliche Staatskasse bezahlt habe.
c) Beurkundung der königlich französischen Administration der Domänen und des Enregistrements zu Straßburg, daß Freiherr von Müllenheim für den Oberjägermeistersdienst 1800 Livres in die Kasse des Bisthums bezahlt habe.

Darauf ergieng denn unterm 29. Oktober 1835 das oberhofgerichtliche Urtheil dahin:

daß das hofgerichtliche Urtheil lediglich zu bestätigen sei, unter Verfällung der Kläger, Appellanten, auch in die Kosten dieser Instanz.

Entscheidungsgründe:

Die klägerschen Erben gründen ihre Klage:

1) Auf eine Urkunde vom 22. September 1780, in Folge welcher der damalige Bischof von Straßburg, Kardinal Rohan, die Stelle eines Oberjägermeisters an den nunmehr verstorbenen Freiherrn Ferdinand von Müllenheim mit einem jährlichen Gehalt von 18000 Livres, und zwar in der Art übertragen hat, daß diese Stelle ihm, von Müllenheim, seiner Wittwe, seinen Erben und Rechtsnachfolgern gegen Bezahlung eines jährlichen Rekognitionsgeldes von 72 Livres zugehören sollte, unter dem Vorbehalt jedoch, daß bei erfolgendem Tod des genannten von Müllenheim, er, der Verleiher, und die ihm succedirenden Bischöfe über gedachte Stelle wiederum verfügen könnten, wenn seiner Wittwe,

*) Einsender hält nämlich die in Jahrgang III Nr. 13 der Annalen entwickelte Ansicht für durchaus falsch, aus den Gründen, welche in den Redactionsnoten daselbst klar ausgeführt sind.

Digitized by Google

seinen Erben und Rechtsnachfolgern die Diensteinlage von 18000 Livres werde zurückbezahlt werden.

2) Auf eine weitere Urkunde des genannten Bischofs zu Straßburg, Kardinal Rohan, d. d. 1. Dezember 1792, wodurch Freiherr Ferdinand von Müllenheim aufs Neue als Obristjägermeister für sämmtliche hochstiftische, namentlich und ausdrücklich aber für die auf dem rechten Rheinufer gelegenen Lande bestätiget und ihm einstweilen, bis er wiederum in den Genuß sämmtlicher (durch die französische Revolution theilweise verlorener) Emolumente gesetzt seyn werde, ein jährlicher Gehalt von 825 fl. nebst andern Nutzungen ausgeworfen wurde.

Da die Klagbitte alternativ darauf gerichtet ist, entweder

a) der Familie von Müllenheim den Dienst und die Besoldung des verlebten Oberforstmeisters von Müllenheim von seinem Todestag an zu belassen, oder aber

b) ihr die Diensteinlage desselben ad 18,000 Livres nebst Zins von dessen Todestag an zurück zu bezahlen, so hängt die Begründung der vorliegenden Klage zunächst

I. von der Frage ab, ob die klagenden Erben des verstorbenen Oberforstmeisters von Müllenheim aus der Verleihungsurkunde vom 22. September 1780 ein auch gegen den Nachfolger des Verleihers in das auf rechter Rheinseite gelegene reichsunmittelbar gewesene Gebiet des ehemaligen Bisthums Straßburg wirksames Recht auf das befragte Oberjägermeisteramt abzuleiten vermögen?

Diese Frage kann nur nach denen zur Zeit der ehemaligen Reichsverfassung in Deutschland gegolten habenden Rechtsgrundsätzen über die Verbindlichkeit des Regierungsnachfolgers zur Anerkennung der Regentenhandlungen seines Vorfahrers beurtheilt werden.

Nach diesen damals bestandenen Rechtsgrundsätzen brachten Anwartschaften, in so fern sie erst nach dem Tode des Verleihers wirksam werden sollten, keinerlei Verbindlichkeit für den Regierungsnachfolger hervor. — Gönner deutsches Staatsrecht §. 244 Nr. 5. Leist, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts §. 118.

Noch weniger konnte daher eine Dienstverleihung nicht blos zum Vortheil dessen, dem der Dienst unmittelbar übertragen wurde, sondern auch seiner Erben und Rechtsfolger rechtsverbindlich für den Regierungsnachfolger seyn, da eine solche Regentenhandlung nicht sowohl sich auf die Ausübung des Rechts des Regenten zur Wiederbesetzung eines während seiner Regierung in Erledigung gekommenen Amts beschränkt, sondern vielmehr eine wahre Veräußerung eines solchen Amts in künftigen Erledigungsfällen in sich faßt.

Am wenigsten stand aber die Befugniß zu einer Dienstverleihung in der so eben angegebenen Art einem deutschen Bischof in dem weltlichen Territorium seines Bisthums zu. — Leist, deutsches Staatsrecht §. 24.

Denn die Regierungsfolge in geistlichen Ländern wurde nach den Grundsätzen über geistliche Beneficien beurtheilt. Nach dem canonischen Recht hat aber der Beneficiat rücksichtlich der mit einem Kirchenamt verbundenen Kirchenpfründe nur die Rechte eines Nutznießers, er darf sich aber außer dieser Benutzung keine sonstigen Rechte des Eigenthums anmaßen — Schnaubert, Kirchenrecht §. 356 — mithin auch keine solche Handlungen, welche wahre Veräußerungen in sich fassen, oder die Kirchenpfründe auf irgend eine Weise beschweren, einseitig vornehmen, welche von den Beneficiaten überhaupt geltenden Rechtsgrundsätze denn auch auf die deutschen Bischöfe als Inhaber solcher größeren Kirchenpfründen ihre Anwendung finden. — Wiese, Handbuch des Kirchenrechts B. 2. §. 233.

Auch in dem Reichsdeputationshauptschluß vom Jahre 1803, obschon darin der Umfang der Verpflichtungen für die Erwerber der säcularisirten geistlichen Staaten sehr genau bezeichnet ist, kömmt von einer Obliegenheit des neuen Landesherrn zur Anerkennung von Anwartschaften oder wohl gar von Dienstübertragungen, zum Vortheil der Erben und Rechtsnachfolger der Bedienstеten, lediglich nichts vor.

War also der Kardinal Rohan in seiner Eigenschaft als Bischof zu Straßburg, und als Inhaber des zu diesem Bisthum gehörigen reichsunmittelbaren weltlichen Gebiets rechter Rheinseite zu einer derartigen Dienstverleihung, wie von ihm in der Urkunde vom 22. September 1780 geschehen, auf eine für seinen Nachfolger in dieses weltliche Territorium rechtsverbindliche Weise auf keine Weise befugt, so kann auch von einem von den Erben des verstorbenen Oberforstmeisters von Müllenheim aus besagter Urkunde abzuleitenden Recht, auf Uebertragung des ihrem Erblasser verliehen gewesenen Oberjägermeisteramts, für den auf rechter Rheinseite gelegenen Theil des ehemaligen Bisthums Straßburg keine Rede seyn.

Es entsteht nun aber

II. die weitere Frage, ob der beklagte Fiscus nicht wenigstens schuldig sei, an die klagenden Erben die in der Urkunde vom 22. September 1780 erwähnte Diensteinlage, resp. Kaufsumme von 18,000 Livres sammt Zinsen vom Todestag ihres Erblassers zurück zu erstatten?

Aus besagter Urkunde selbst vermag eine derartige Verpflichtung des beklagten Fiscus darum nicht abgeleitet zu werden, weil die darin enthaltene Dienstübertragung, in so fern sie auch zum Vortheil der Erben des verstorbenen Oberforstmeisters von Müllenheim Statt gefunden hat, dem beklagten Fiscus gegenüber aus bereits angegebenen Gründen ohne alle Rechtswirkung ist, und ihm daher auch keine vertragsmäßige Verpflichtung zur Rückerstattung besagter Summe obliegen kann.

Nur alsdann würde der beklagte Fiskus auf Rückerstat-

Digitized by Google

tung gedachter Summe mit Grund Rechtens in Anspruch genommen werden können, wenn von Seiten der klagenden Erben erweislich zu machen wäre, nicht nur, daß besagte Summe wirklich bezahlt wurde, sondern auch, daß damit Ausgaben, welche zum Vortheil des auf rechter Rheinseite gelegenen reichsunmittelbaren Gebiets des ehemaligen Bisthums Straßburg gereicht haben, bestritten worden sind, mithin daß die befragte Geldsumme ganz oder zum Theil in den Nutzen gedachten Landestheils verwendet worden ist.

Was nun den in jetziger Instanz angetretenen neuen Beweis über die geleistete Zahlung der befragten Summe betrifft, so ist solcher, theils in Folge des hofgerichtlichen Zwischenurtheils vom 13. März 1833 und des darauf im hofgerichtlichen Urtheil vom 15. Januar v. J. ausgesprochenen Ausschlusses, versäumt, weil dieser Beweis in erster Instanz mit der Beweisantretungsschrift hätte angetreten werden sollen und müssen, versäumte Beweise aber nach §. 1221 Nr. 6 der Pr. Ordn. in höherer Instanz nicht mehr nachgebracht werden können, theils reichen die Thatsachen, welche damit bewiesen werden wollen, zur Begründung einer Ersatzverbindlichkeit des beklagten Fiskus nicht hin.

Wenn man nämlich auch von der Frage absieht, ob bei dem Mangel einer Quittung über die angeblich bezahlten 18,000 Livres der Beweis darüber, ob besagte Summe in die Straßburger Bisthumskasse geflossen ist, durch das beigebrachte Zeugniß eines französischen Administrators des Enregistrements und der Domänen zu Straßburg d. d. 19. März v. J., so wie durch die in Vorschlag gebrachten Zeugen zur Vollständigkeit gebracht werden könne, so ist doch mit dieser Thatsache, solche auch als richtig vorausgesetzt, noch lange nicht dargethan, daß besagte Summe ganz oder theilweise zum Vortheil des auf der rechten Rheinseite gelegenen Theils des ehemaligen Bisthums Straßburg verwendet worden sei, welcher letztere Beweis sich lediglich nur aus der betreffenden Rechnung, in welche allenfalls gedachte 18,000 Livres vereinnahmt worden sind, führen läßt, indem nur aus dieser Rechnung bemessen werden kann, wozu das befragte Geld verwendet worden ist, so wie auch, ob die in die Bisthumskasse geflossenen Gelder den Zweck hatten, zu Landesbedürfnissen für den diesseits des Rheins gelegenen Theil des Bisthums Straßburg verwendet zu werden.

Da hiernach die von den klagenden Erben gegen den großherzoglichen Fiskus erhobene Klage in keiner Beziehung als begründet und erwiesen erscheint, so mußte das vergangene hofgerichtliche Urtheil vom 15. Januar v. J. unter Verfällung der klagenden Erben auch in die Kosten dieser Instanz lediglich bestätiget werden.

Anmerkungen des Einsenders.

Ad I. Es mag richtig seyn, daß die von Müllenheimischen Erben nicht auf Belassung im Dienste klagen können; es kann zugegeben werden, daß sie aus demselben Grunde auch nicht auf Belassung in der Besoldung Anspruch zu machen vermögen, so folgt doch daraus nicht,

ad II, was das Oberhofgericht gleichfalls behauptet, die Unzulässigkeit der Klage auf Erstattung der Diensteinlage mindestens pro rata.

Die Urkunde vom 22. September 1780 enthält zwei unter sich ganz verschiedene Verfügungen, nämlich:

A. Die Verleihung des Oberjägermeisterdienstes für die Lebenszeit des Freiherrn v. Müllenheim gegen eine Einlage von 18,000 Livres;

B. über die Lebenszeit des Freiherrn von Müllenheim hinaus das alternative Versprechen,

a) entweder den Dienst auch den Rechtsfolgern des Bediensteten zu übertragen,

b) oder ihnen andernfalls die eingelegten 18,000 Livres zurück zu erstatten.

Wenn nun die Stipulation eines Kaufpreises sub A, und das Versprechen für die Erben sub B a wirklich juristisch unerlaubt ist, so gilt auf der andern Seite die Regel, daß Derjenige, welcher zwei Gegenstände alternativ versprochen hat, wenn die Leistung des einen unmöglich wird, zur Lieferung des andern verpflichtet bleibt.

In der That ist auch nichts billiger, als daß Derjenige, welcher auf unerlaubte Art etwas erhielt, dasselbe zurück gibt, wenn die versprochene Gegenleistung unmöglich wird.

Der Fürstbischof von Straßburg hat doch versprechen können, daß die Staatskasse dasjenige im Falle zurückersetzen werde, was ihr in Folge eines ungesetzlichen Vertragsgedinges zugeflossen ist?

Sobald aber die 18,000 Livres in die Staatskasse gezahlt wurden, so lag eben darin eine Verwendung in dem Nutzen des Erzbisthums, weil gerade aus der Staatskasse die Ausgaben und Lasten zu bestreiten sind, welche zur Erhaltung und Verwaltung nothwendig sind. Das Erzbisthum hatte daher im eintretenden Falle jene 18,000 Livres aus der Staatskasse zu ersetzen und diese Erstattung ist eben deßhalb wenigstens Divisionsschuld gewesen, welche Baden zu seinem Antheile zu übernehmen hat.

Eine specielle Verwendung jener 18,000 Livres auf die straßburgischen Bisthumstheile des rechten Rheinufers hätte nur die Folge, daß die vollen 18,000 Livres von dem diesseitigen Bisthumstheile zu erstatten gewesen wären.

Demnach glaubt Einsender aussprechen zu dürfen, daß lediglich die angetretenen Beweise zu erheben waren.

Versäumung dieser Beweise ist rein unmöglich, wenn man die oben angegebene actenmäßige Proceßgeschichte mit den Bestimmungen der Proceßordnung zusammenhält.

Mayer.

Digitized by Google

II.

Rechtsfall. Ueber Legitimation zur Sache und proceßhindernde Einreden.

Nach der deutschen Reichs- und Territorialverfassung waren die Steuern von den Kammergefällen streng geschieden; erstere durften nur zu Ausgaben verwendet werden, wozu ein Reichsgesetz oder ein rechtmäßiges Herkommen die Ermächtigung gab. Ein Unterschied bestand somit auch zwischen Steuer- und Kammerschulden [1]).

Ganz richtig wurde dieser Unterschied bei der Mediatisation der Standesherren in §. 54 unseres dritten Constitutionsedictes beachtet. Die Steuerschulden übernahm der Staat ausschließlich; an den Kammerschulden soll er nach Verhältniß der an ihn übergegangenen Kammergefälle einen Theil vertreten.

Bei der Mediatisation der Herren Grafen von Leiningen-Billigheim und Leiningen-Neudenau wurden denselben nicht bloß ihre sämmtlichen Kammergefälle, sondern sogar der Bezug mehrerer wahrer Hoheitsabgaben gelassen. Eine Folge davon war, daß sie nach §. 54 des dritten Constitutionsedicts auch die Kammerschulden allein auf sich behalten mußten. Als nun durch Art. 14 der deutschen Bundesacte in mehrfacher Beziehung eine Aenderung am dritten Constitutionsedicte nöthig wurde, geschah dieß im Wege des Vergleichs zwischen der großherzoglichen Regierung und den erwähnten beiden Standesherrschaften. Dieser Vergleich liegt der landesherrlichen Declaration vom 2. März 1826, Regierungsblatt S. 39 zum Grunde, und enthält im §. 52 lediglich eine Bestätigung der bei der Schuldenabtheilung im Jahre 1807 beobachteten Grundsätze. Wörtlich heißt es zu Ende des §. 52 cit.:

„es kann von Seite der gräflichen Standesherrschaften nur in so fern eine weitere Schuldenübernahme an die Staatskasse in Anspruch genommen werden, als sie zu beweisen im Stande seyn werden, daß sich unter den ihnen zugewiesenen Schulden oder Lasten solche befinden, welche verfassungsmäßig ganz oder zum Theil auf der Steuer gehaftet haben."

Daß bei dem Worte verfassungsmäßig an keine andere Verfassung, als diejenige, welche zur Zeit der Schuldenaufnahme bestand, daß somit nur an die deutsche Reichs- und Territorialverfassung gedacht wurde, unterliegt wohl nicht dem mindesten Zweifel. Klar ist es somit, unter welchen Bedingungen dem Staate eine Schuldenübernahme angemuthet werden kann.

Statt dessen traten die Herren Grafen, beziehungsweise ihre Gläubiger mit einer Klage auf, worin, nach einer unrichtigen Deutung der rheinischen Bundesacte und der königl. baierschen Declaration von 1807, kein Unterschied zwischen Steuer- und Kammerschulden gemacht, vielmehr behauptet wird, alle bei der Mediatisation vorhanden gewesenen Schulden müßten auch auf die Steuern pro rata übernommen werden. Es wird der Betrag der jährlichen Steuer und des Einkommens der Standesherrschaft nach einem Durchschnitt von mehreren Jahren berechnet und um das Urtheil gebeten, der großherzogliche Fiskus sei schuldig, seinen so berechneten Antheil an sämmtlichen Schulden an die Herren Grafen, beziehungsweise an ihre Debitmasse zu bezahlen.

Leiningen-Neudenauer Seits war die Vollmacht des Anwalts von Oberhofgerichtsrath St., als Ministerialcommissär im gräfl. Leiningen-Neudenau'schen Debitwesen, unterzeichnet. Die Zustimmung des Gläubigerausschusses zum Beginnen des Processes war nicht nachgewiesen; es war derselben in der der Klage nicht einmal erwähnt.

Gegen diese Klage schützte der großherzogliche Fiscus — vom großherzoglichen Staatsministerium zur Anerkennung der Competenz der bürgerlichen Gerichte hier besonders ermächtigt, — drei verzögerliche Einreden vor:

1) Die der mangelnden Legitimation zur Sache auf Seiten des Klägers, weil

a) nicht nachgewiesen sei, welche Befugnisse dem Ministerialcommissär, welcher die Vollmacht unterschrieb, eingeräumt seien, und weil die Zustimmung der Gläubiger (Proceßordnung §. 840 Nr. 3) zum Processe nicht vorliege; sodann

b) weil die Schuldentheilung, wie die Mediatisation überhaupt, ein staatsrechtlicher Act sei, wobei die großherzogliche Regierung nur mit dem Standesherrn, nicht aber mit dessen Gläubigern (nach Analogie des Art. 30 der Wiener Schlußacte) zu verhandeln habe, die Gläubiger somit auf Schuldentheilung zu klagen nicht legitimirt seien. Jedenfalls könnten sie nur in so weit auf Zahlung klagen, als die Schulden bereits aus der Debitmasse berichtigt seien.

2) Es wurde der Mangel nöthiger Deutlichkeit und Bestimmtheit an der Klage gerügt, weil nicht zwischen bezahlten und unbezahlten Schulden unterschieden, und Titel und Entstehung der Schulden, an welchen der Fiskus einen Theil übernehmen soll, in keiner Weise genügend angegeben waren.

3) Endlich wurde entgegnet — und zwar unter der irrigen Bezeichnung einer zerstörlichen Einrede — die Klage nach ihrem eigenen Inhalte, zusammengehalten mit den hier anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen, stelle sich sofort als

1) Vergl. Archiv für die Rechtspflege im Großherzogthum Baden. Bd. IV. S. 181 und folgende.

Digitized by Google

unstatthaft dar; sie werde auf Bestimmungen der Rheinbundesakte und der königlich baierschen Declaration gegründet, während hier nur das dritte Constitutionsedict und die landesherrliche Declaration von 1826 entscheidend seien, in der Klage aber werde keine Thatsache angeführt, wodurch sie nach der kaum erwähnten Declaration als begründet erscheinen könnte.

Nachdem der Kläger mit seiner Replik gehört war, und darauf die mündliche Verhandlung Statt gehabt hatte, erfolgte das Erkenntniß des großherzoglichen Hofgerichts am Unterrhein vom 17. December v. J. Nr. 11106 II. Senat, wornach, unter Verwerfung der als proceßhindernd vorgeschützten Einreden, der großherzogliche Fiskus für schuldig erklärt wurde, sich auf die Klage einzulassen und die durch das Zwischenverfahren veranlaßten Kosten allein zu tragen.

Die Entscheidungsgründe lauten wörtlich:

„Was

1) die Einrede der mangelnden Activlegitimation betrifft, so erscheint diese als unbegründet. Es ergibt sich nämlich aus dem von dem Gerichtshof, welcher nach §. 91 der Pr. Ordn. von Amtswegen für Berichtigung des Legitimationspunktes besorgt seyn muß [2]), eingefordertem oberhofgerichtlichen Actenfascikel, die Constituirung einer Ministerialcommission ꝛc. ꝛc. betreffend, daß auf den Vorschlag großherzoglichen Oberhofgerichts als Gantrichters in besagtem Schuldenwesen, großherzogliches Justizministerium in Folge der ihm durch das Organisationsedict von 1809 Beil. F §. 31 lit. e ertheilten Oberaufsicht über die Gegenstände der willkührlichen Gerichtsbarkeit rücksichtlich der standesherrlichen Familien [3]), durch Beschluß vom 16. Juni 1818 die oberste Leitung der Domänenadministration der Grafschaft Leiningen-Neudenau einer Ministerialcommission anvertraut hat, die hiernach als vollkommen befugt angesehen werden muß, die ihre Verwaltung und das gemeinsame Interesse der Massegläubiger betreffenden Rechtsstreite unter Zustimmung der Gläubiger oder des von ihnen bestellten Ausschusses zu intentiren."

„Im vorliegenden Fall ist nun die Vollmacht des klägerschen Anwalts von dem Oberhofgerichtsrathe St., welcher gerichtskundig dermalen die Funktionen eines Ministerialcommissärs bekleidet, unterzeichnet, und sich nachträglich durch die mit der Erklärung vom 19. September d. J. vorgelegten Beilagen darüber ausgewiesen worden, daß die Erhebung der vorliegenden Klage im Einverständnisse mit den Oberhofgerichtsadvokaten M. und S., welche nach eben diesen Beilagen den Gläubigerausschuß formiren [4]), geschehen ist."

„Wenn weiter in der mündlichen Verhandlung diese Einrede dadurch zu begründen versucht worden ist, daß nur der Standesherr selbst, nicht aber dessen Gläubiger auf Festsetzung des Theilungsmaßstabes [5]) klagen, letztere auch nur dem vorgängig auf Zahlung des dem großherzoglichen Fiskus hiernach zur Last gelegten Betreffnisses klagen könnten, so ist hiergegen eines Theils zu bemerken, daß diese Einwand nicht sowohl den Legitimationspunkt, als die Hauptsache selbst betrifft, und daher hier seine definitive Lösung nicht finden kann [6]), andern Theils nicht zu übersehen, daß klagender Theil zugleich als Repräsentant des unter Administration stehenden Standes-

---

2) Die Pflicht des großherzoglichen Hofgerichts gieng doch wohl nur dahin, die Partei anzuhalten, daß sie die Nachweisung ihrer Legitimation beibringe (Proceßordnung §. 87 — 89). Wenn aber das Gericht die nöthigen Belege selbst aufsucht, überschreitet es die Gränzen seiner richterlichen Thätigkeit. Weder in der Klage noch in der Replik hatte Kläger wegen des Legitimationspunktes den Antrag auf Einberufung der oberhofgerichtlichen Akten gestellt, sich nicht einmal darauf bezogen. Nur um der zweiten Einrede zu begegnen, war in der Replik erwiedert worden, Beklagter möge nur in den oberhofgerichtlichen Acten nachsehen, da werde er die nöthige Auskunft über die einzelnen Schulden finden. Damit verband er in kurzen Worten den Antrag, die Acten, wenn solche nöthig erachtet würden, einzuberufen. Auf einen so allgemeinen und unbestimmten Antrag hätte das großherzogliche Hofgericht nach §§. 247, 350, verglichen mit 426 und 427 der Pr. Ordn., nicht eingehen dürfen. Vergl. Annalen der badischen Gerichte, Jahr 1835 S. 34 Note *).

3) Wie soll dieser Auftrag aus der willkührlichen Gerichtsbarkeit, in so fern solche nicht dem Richter zusteht, hergeleitet werden? Uebrigens wurde durch Beschluß des großherzoglichen Justizministeriums vom 16. Juli 1818 keineswegs die oberste Leitung der Ministerialcommission anvertraut. Sie sollte nur die Mittelstelle bilden; die oberste Aufsicht behielt sich das Ministerium selbst vor.

4) Diese Beilagen sind eine Erklärung der Advokaten M. und S. und ein Protokoll der Ministerialcommission, worin M. und S. als Mitglieder des Gläubigerausschusses aufgeführt werden, und dem Antrag auf Erhebung der Klage stellen. Der Fiskalanwalt hatte aber in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, daß der Gläubigerausschuß nicht legal constituirt sei. Darauf ist in den Entscheidungsgründen keine Rücksicht genommen, und doch hatte auch hierauf das Gericht von Amtswegen zu achten.

5) Nicht blos auf Festsetzung des Theilungsmaßstabs, sondern überhaupt auf Schuldenabtheilung.

6) Warum dieß? Unter Legitimation versteht man ja doch die Beziehung eines bestimmten Subjektes zum streitigen Rechtsverhältniß, die Nachweisung, daß ein bestimmtes Subjekt das Recht, welches Gegenstand des Streites ist, zu verfolgen die Befug-

Digitized by Google

herrn erscheint, und in so fern alle dessen nicht rein persönliche Rechte, insbesondere auch das demselben durch Staatsverträge und Grundgesetze garantirte Recht auf Schuldentheilung geltend zu machen befugt seyn dürfte [7])."

„Was

2) die Einrede der fehlenden Deutlichkeit und Bestimmtheit des Klagevortrags anlangt, so soll diese dadurch begründet werden, daß nicht gehörig zwischen schon bezahlten und nicht bezahlten Schulden unterschieden, hinsichtlich letzterer aber nur auf Theilung, nicht auf Zahlung geklagt worden [8]), daß endlich in der Klageschrift die Schuldposten, an welchen großherzoglicher Fiskus eine Rata übernehmen solle, weder in quali noch in quanto näher bezeichnet seien."

„Der zuletzt genannte Einwand zerfällt dadurch, daß in der Klageschrift auf das derselben anliegende Ganturtheil großherzoglichen Oberhofgerichts vom 5. Juli 1814, welches die genauern Data über jene Schuldposten enthält, so wie auf die oberhofgerichtlichen Acten, das gräfl. Leiningensche Debitwesen betreffend, Bezug genommen und die Einberufung derselben, falls solche für nöthig erachtet werden, beantragt worden ist [9]). Die beiden zuerst genannten Rügen aber verdienen hier eben so wenig Beachtung, da hierdurch nicht sowohl die Deutlichkeit als die Zulässigkeit der Klage bestritten wird, die Entscheidung hierüber daher dem Endurtheil vorbehalten werden muß."

„Was endlich

3) die sogenannte Einrede der Unstatthaftigkeit der Klage betrifft, so ist es ganz irrthümlich, aus den derselben zu Grund liegenden Momenten eine proceßhindernde Einrede zu construiren, da die rechtliche Deduction wider die Klage unter den Begriff einer Einrede überhaupt nicht gestellt, dieß Verfahren daher durch Berufung auf §. 300 der Pr. Ordn. nicht gerechtfertigt werden kann. Die Frage, unter welche gesetzliche Bestimmung das einer Klage zu Grund liegende Faktum zu subsumiren, welche Auslegung jener zu geben und ob dem zu Folge die Klage in Rechten gegründet ist oder nicht, kann vielmehr, in so fern der Richter solche nicht als offenbar unstatthaft schon vor erkannter Ladung verworfen hat, erst nach erfolgter genügender Einlassung und vorgängiger Verhandlung in der Hauptsache beantwortet werden, letztere haben gerade den Zweck, deren gründliche Würdigung herbeizuführen ꝛc. ꝛc."

In die durch das Zwischenverfahren veranlaßten Kosten wurde der großherzogliche Fiskus auf den Grund der §§. 174 und 349 der Pr. Ordn. verurtheilt.

Außer den in den Noten gemachten Bemerkungen zu diesen Entscheidungsgründen verdienen noch zwei Punkte eine nähere Belenchtung.

Der erste betrifft nämlich die Stellung der Ministerialcommission in dem gräflichen Debitwesen. Früher war von dem großherzoglichen Oberhofgerichte ein Debitcommissarius bestellt, welchem die Instruirung des Gantprocesses und die Aufsicht über die Masseverwaltung oblag. Nach einem Berichte vom 7. Mai 1815, den der Oberhofrichter an das großherzogliche Justizministerium erstattete, behielt sich aber das Gericht die Entscheidung in wichtigen Dingen vor; ausdrücklich ist unter den beispielsweise aufgeführten wichtigen Dingen auch die Frage enthalten: ob man Activprocesse führen oder ruhen lassen solle? — Nach Eröffnung des Ordnungsbescheids glaubte das großherzogliche Oberhofgericht, die Domänenadministration sei nicht mehr Sache des Gantrichters, und erstattete deßhalb Bericht an das großherzogliche Justizministerium. Dieses zog dann, wie gesagt, in Gemäßheit der in den obigen Entscheidungsgründen erwähnten Verfügung vom 16. Juni 1818 die oberste Leitung an sich, „und ernannte den damaligen Oberhofgerichtsrath M. für die Verwaltung der Mittelstelle als Commissär in der Art, daß er die Berichte der Neudenauer Kellerei zu empfangen und zu verbescheiden, überhaupt aber zum Besten dieses standesherrlichen Domänenwesens in dasselbe wirksam einzugreifen, in

---

niß habe. Wenn ich also sage, nicht die Gläubiger, sondern nur der Standesherr ist zu dieser Klage ermächtigt, so berührt dieser Einwand nichts anderes als den Legitimationspunkt. Dieser gehört freilich auch zum Klaggrunde, und bei den Lehrern des gemeinen Processes ist bekanntlich Streit, in wie weit Legitimationspunkt und Klagegrund von einander getrennt werden dürfen. Unsere Proceßordnung aber (§. 91 und 92) spricht sich hierüber deutlich aus; sie trennt den Legitimationspunkt (vorausgesetzt, daß er auf einer spezieller Thatsache beruht) von der Hauptsache. Nur wo die den Legitimationspunkt begründenden Thatsachen zwar gehörig vorgetragen aber bestritten sind, soll in der Regel der deßfallsige Beweis von dem Hauptbeweise nicht getrennt werden. Im vorliegenden Fall war auf unbestritten vorliegende Thatsachen das Gesetz anzuwenden, und der Richter wohl nicht ermächtigt, das Erkenntniß darüber bis zum Urtheil in der Hauptsache auszusetzen.

7) Dieser Satz möchte schwer zu rechtfertigen seyn. Vergl. Note 3 und die weiter unten folgenden Bemerkungen.

8) Hier scheint ein Schreibfehler unterlaufen zu seyn.

9) Das Ganturtheil dürfte wohl nicht genügende Auskunft über die Entstehung der einzelnen Schulden und den Zweck deren Kontrahirung enthalten. Auf die oberhofgerichtlichen Acten aber wurde sich erst in der Replik bezogen. Vergl. Note 2. Ob es angeht, den Beklagten auf Acten eines andern Gerichts zu verweisen, um sich darin über den Gegenstand und den Umfang der Klage zu informiren, möchte wohl zu bezweifeln seyn. Proceßordnung §§. 247, 350, 426, 427.

Digitized by Google

wichtigen Vorfallenheiten bei dem Justizministerium aber anzufragen habe." So lautet wörtlich die Verfügung. Es scheint somit der Ministerialcommissär zum großherzoglichen Justizministerium in dasselbe Verhältniß getreten zu seyn, in welchem der frühere Debitcommissarius zu dem großherzoglichen Oberhofgerichte stand. Letzteres aber hat sich, wie wir gesehen haben, die Entscheidung, ob ein Proceß zu beginnen sei, vorbehalten. Sollte ein so wichtiger Proceß, wie der vorliegende, nicht auch zu den wichtigen Vorfallenheiten gehören, deren die Justizministerialverfügung vom 16. Juni 1818 erwähnt?

Demnach war der Ministerialcommissär ohne Ermächtigung des großherzoglichen Justizministeriums die Klage zu erheben nicht ermächtigt, und es könnte nur das großherzogliche Justizministerium als Repräsentant der Standesherren betrachtet werden.

Inzwischen dürften erhebliche Zweifel bei der Justizministerialverfügung vom 16. Juni 1818 und den Berichten des großherzoglichen Oberhofgerichts, welche solche veranlaßten, obwalten. Letzteres unterschied zwischen Domanialadministration und Massecuratel. Unter der erstern wurde die ganze finanzielle Verwaltung der Standesherrschaft begriffen, so daß dem Massecurator nichts übrig blieb, als das Geld von dem Rentamte in Empfang zu nehmen, und nach Vorschrift des Gantrichters zu verausgaben. In dem erwähnten Berichte vom 7. Mai 1815 wird gesagt: „Die Kammeralverwaltung auch in standesherrlichem Lande sei ein Theil der Landesregierung und, so weit der Standesherr darin nicht selbst handeln könne, habe ihn nicht die Creditorschaft, sondern der Souverän zu vertreten." Wie diese Behauptung gerechtfertigt werden will, worauf die Unterscheidung zwischen Massecuratel und Domänenadministration beruht, warum über letztere dem Gantrichter nach Eröffnung des Ordnungsbescheids die Oberaufsicht nicht mehr zustehen soll? Diese Fragen möchten schwer zu beantworten seyn. Meines Erachtens gehörte diese Sache nicht zum Ressort des großherzoglichen Justizministeriums; dem Gantrichter kommt die Aufsicht über die Massecuratel und Domänenadministration bis zu vollständig beendigter Gant zu. Solche Geschäfte der willkührlichen Gerichtsbarkeit sind lediglich den Gerichten zugewiesen; auch hier waren ohne Zweifel nur die Gläubiger Specialnachfolger des Standesherrn. Es hat auch das großherzogliche Ministerium des Innern, an welches man die Domanialadministration, — bevor man sie unter die dem großherzoglichen Justizministerium zugetheilten Geschäfte der willkührlichen Gerichtsbarkeit stellte, — abgeben wollte, in einem Erlasse vom 14. Oktober 1816 solches mit dem Bemerken abgelehnt, daß dieß Sache des Gantrichters sei. In gleicher Weise hat das großherzogliche Justizministerium, als ihm Oberhofgerichtsrath W. als Commissär vorgeschlagen wurde, in dem Erlasse vom 1. Dezember 1826 an großherzogliches Oberhofgericht sich ausgesprochen.

Demnach könnte man in dem Ministerialcommissär wohl nur einen Massepfleger erblicken, dessen Ernennung, wenn auch der Gläubigerausschuß zugestimmt hat, doch beanstandet werden dürfte, weil die Wahl des Massepflegers nach den Gesetzen von den Gläubigern ausgehen soll und nirgends dem Gläubigerausschusse übertragen ist. L. 15 pr. D. de reb. auct. jud. pos. (42, 5) l. 2. pr. l. 5. D. de curat. bon. dand. (42, 7) Pr. Ordn §. 886.

Was die Entscheidungsgründe zur dritten Einrede betrifft, so möchten solche gleichfalls anzufechten seyn.

Nach der darin ausgesprochenen Theorie könnte, wenn A gegen B eine Spielschuld als solche einklagt und das Gericht es übersieht, die offenbar unzuläßige Klage nach §. 358 der Pr. Ordn. sofort zu verwerfen, — der Beklagte die Einlassung nicht abwenden, indem er auf das Gesetz hinwiese, welches die Klage verbietet, mit unnöthigem Zeit- und Kostenaufwande müßten die Verhandlungen des ordentlichen Verfahrens bis zum Schlusse geführt werden.

Es ist wahr, eine eigentliche Einrede ist es nicht, was unter Nr. 3 vom großherzoglichen Fiskus vorgetragen wurde, es wird die Vertheidigung nicht auf eine selbstständige, von dem Klagegrund verschiedene Thatsache gegründet, sondern nur die Klage nach den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen geprüft, es ist eine sogenannte exceptio juris. Es läßt sich indessen nicht läugnen, daß man es mit dem Namen Einrede so strenge nicht nimmt, häufig alles damit bezeichnet, was der Beklagte zu seiner Vertheidigung vorträgt. Sonst könnte man auch von einer Einrede der mangelnden Legitimation, von einer Einrede des dunkeln Klagevortrags u. dgl. nicht reden, und doch findet man dieß in den Gesetzbüchern selbst, z. B. §. 296 unserer Proceßordnung. Wo es wesentlich ist, zwischen specieller Einrede und Einlassung zu unterscheiden, wie bei der Beweislast, da muß es allerdings geschehen. Wo dies aber nicht der Fall ist, wie z. B. in §. 300 der Pr. Ordn., darf man wohl annehmen, daß der Gesetzgeber hier das Wort nicht in seiner engeren Bedeutung nahm, sondern so, wie er ein Paar Sätze vorher, in dem ähnlichen Falle des §. 296 es gebraucht hat. Seine Absicht ist klar, die §§. 252, 296, 300 und 357 ff. bezwecken die Beschleunigung des Processes; was auf kurzem Wege geschehen kann, soll nicht auf Umwegen seinem Ziele zugeführt werden. In der That ist es aber mindestens einerlei, ob ich durch eine spezielle Einrede die Klage zerstöre, oder ob ich deren Unhaltbarkeit lediglich aus dem Gesetze darthue. Ja letzteres entspricht der Absicht des Gesetzgebers mehr als eine spezielle Einrede, in so fern die Liquidität der Einwendung, die Bedingung

Digitized by Google

ihrer proceßhindernden Wirkung, weniger einem Zweifel unterliegt. Nach §. 339 soll der Richter eine dunkle Klage sofort verwerfen, und dennoch darf, im Fall es der Richter übersah, der Beklagte nach §. 296 die Einrede des dunkeln Klagevortrags vorschützen und die Einlassung verweigern. Warum sollte es anders seyn, wenn der Richter es gegen §. 338 versehen hätte?

Wäre demnach auch der Wortlaut des §. 300 der hier vertheidigten Ansicht entgegen, so ist doch die Absicht des Gesetzgebers klar, und für den vorliegenden Fall ohne Zweifel der gleiche Gesetzesgeund wie in §§. 296 und 300 nachgewiesen. Wenn daher duech die rechtliche Deduction dasselbe bezweckt wird, wie durch eine spezielle Einrede, so muß auch erstere nach Analogie der §§. 296 und 300 proceßhindernd wirken.

Uebrigens kann, was der Fiskus unter Nr. 3 eingewendet hat, keineswegs als eine zerstöeliche, sondern nue als eine veezögerliche Einrede betrachtet werden. Er behauptete zunächst nur, die Klage in der Aet, wie sie vorgebracht wurde, sei unstatthaft. Es konnte somit nicht §. 300, sondeen nur §. 296 zur Anwendung kommen, wornach, wie wie gesehen haben, die Verweigeeung der Einlassung noch weniger Bedenken finden durfte. Daß in der schriftlichen Erklärung auf die Klage irrig von einer zeestörlichen Einrede gesprochen wurde, konnte nicht entscheiden, da es bekanntlich gleichgültig ist, welchen Namen die streitenden Theile ihren Klagen und Eineeden geben, wenn sie nur die Thatsachen gehörig voeteagen. Zudem wurde bei der mündlichen Verhandlung ausdrücklich der fragliche Einwand auch, und zwar zuerst als verzögerliche Einrede, geltend gemacht.

Zur Beschwerde gereicht es endlich wohl auch dem großherzoglichen Fiskus, daß er allein die Kosten des Zwischenverfaheens zu tragen verurtheilt wuede, und zwae aus dem Grunde des §. 349 der Pr. Ordn. Die Einwendungen des Fiskus betrafen die Klage und waren — auch abgesehen von obiger Ausführung — offenbar gegründet, in so fern erst mit der Replik die Genehmigung des Gläubigerausschusses beigebracht wurde, das großherzogliche Hofgericht erst aus den nach der Replik eingeforderten oberhofgerichtlichen Acten die Befugnisse der Ministeeialcommission ersah, indem endlich erst durch diese Acten die Eineede des mangelhaften Klagevortrags beseitigt woeden seyn soll. (Mit einer Duplik wurde der großherzogliche Fiskus nicht gehört.) Die Klage war sonach wirklich mangelhaft, der Fiskus zu jenen Eineeden veranlaßt, es hätten somit nach §. 349 vielmehr dem Kläger die Kosten zur Last gelegt werden sollen. Mindestens mußten sie nach §. 170, — da die gerügten, erst in der Replik verbesserten Mängel feemde, dem Fiskus nicht bekannte Thatsachen betrafen, — compensirt werden.

K...

III.

Eine Appellation im Vollstreckungsverfahren.

In dee G'schen Gantsache war, nach einigen erfolglosen Versuchen, eine neue Liegenschaftsversteigeeung vorgenommen und in der Folge (innerhalb der in §. 1054 der Pr. Ordn. bestimmten Frist) von einer Anzahl Gläubiger, wegen behaupteter wesentlichen Fehler, welche bei dieser Veesteigerung vorgefallen seyn sollten, um deren Aufhebung bei dem Amte Schopfheim im Wege dee Beschwerdeführung gebeten worden. Das Amt vernahm nue das Amtsreviſoeat, welches die Versteigerung geleitet hatte, und erließ dann einen Bescheid, wornach jene Versteigeeung für nichtig erklärt wurde.

Hiergegen ergeiffen die Gütersteigerer die Appellation an das oberrheinische Hofgericht, bei welchem die Frage entstand, ob in einem solchen Falle eine Appellation zuläßig sei.

Die Frage wurde bei dee Statt gehabten Berathung bejaht:

In Erwägung,

1) daß in Gantsachen die Veräußerung dee zur Masse gehörigen Liegenschaften nach den Vorschriften übee das Vollstreckungsveefahren geschehen soll (Pr. Ordn. §. 842), und daß nach §. 1054, verbunden mit §. 962 der Pe. Ordn., bezüglich auf die im Vollstreckuugsverfahren vorfallenden Fehler, entweder eine Beschwerdeführung oder eine Nichtigkeitsklage Statt findet; die letztere aber nur dann zuläßig ist, wenn es dem Kläger nicht möglich gewesen wäee; im Wege der Beschwerdeführung Abhülfe zu begehren;

2) daß die Beschwerdeführung ein außeeordentliches Rechtsmittel ist, welches nach §. 1244 der Pe. Ordn. nur bei einem Obergeeichte angebracht weeden kann, und gegen ein Untergericht gerichtet werden muß;

3) daß im vorliegenden Falle die Gläubigee wegen Fehlee, welche von Seiten des Vollstreckungsbeamten (des Amtsreviſoeats) bei Vornahme einer Versteigerung begangen worden seyn sollen, sich beschweren wollten und eine Beschwerde gegen jenen bei dem Obergerichte nicht eeheben durften, sondeen damit sich an das Untergericht zu wenden hatten, das Gesetz aber eine vor dem Untereichtee anzubringende Beschweedeführung im Sinne des §. 1244 der Pe. Ordn. nicht kennt; daher die beim Amte wegen Nichtigkeit der Versteigerung eehobene Beschwerde nur als Nichtigkeitsklage anzusehen war;

4) daß deßhalb das auf jene Beschwerde ergangene amtliche Erkenntniß als ein Urtheil erscheint, gegen welches — mit Rücksicht auf den Weeth des Objekts und die angeblichen behaupteten Fehler des Verfahrens bei Behandlung jener Klage — das ordentliche Rechtsmittel der Berufung Statt findet.

Kien.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 6. Karlsruhe den 6. Februar 1836.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Preßgesetz.

Persönlicher Verhaft wegen Preßvergehen. Appellation gegen ein unterrichterliches Erkenntniß, welches den Verhaft verfügte. Form der Erledigung dieser Appellation. Auslegung des §. 86 des Preßgesetzes.

Gegen Dr. G., einen Ausländer, wurde (nach vorgängiger Beschlagnahme eines von ihm verfaßten Romans) von dem Stadtamte Mannheim eine Untersuchung wegen eines durch die Presse verübten Vergehens eingeleitet und sofort der persönliche Verhaft erkannt.

Dr. G. ergriff gegen dieses letztere Erkenntniß die Appellation an das Unterrheinische Hofgericht und dort entstand die Frage, in welcher Form gedachtes Rechtsmittel zu erledigen sei.

Die Majorität des hofgerichtlichen Plenums entschied sich dahin, daß nach Maßgabe eines, vor einigen Jahren gefaßten Plenarbeschlusses (abgedruckt Seite 165 des ersten Jahrgangs der Annalen) das oberrichterliche Erkenntniß auf mündlichen Vortrag des Respicienten in geheimer Sitzung erlassen werden müsse.

Die Minorität war dagegen der Ansicht, daß bezüglich auf §. 86, verbunden mit §. 83 des Preßgesetzes, hier eben so, wie bei den Appellationen, welche gegen hofgerichtliche Erkenntnisse an das Oberhofgericht ergriffen werden, schriftlicher Vortrag zu erstatten, zu dessen Vorlesung der Appellant vorzuladen und Letzterer, wenn er erschiene, noch mit einer mündlichen Ausführung vor Erlassung des Bescheids zu hören sei.

Der §. 86 des Preßgesetzes besagt nämlich:

> „Gegen das Erkenntniß des Untersuchungsrichters, womit er Beschlagnahme verfügt oder aufhebt, oder womit er erkennt, daß kein Grund zur gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, oder womit persönlicher Verhaft erkannt wird, findet die Appellation bei dem Hofgerichte Statt."
>
> „Die Appellation gegen Erkenntnisse des Erstinstanzgerichts an das Hofgericht werden im Allgemeinen in gleicher Weise gerechtfertigt, verhandelt und abgeurtheilt, wie jene von den Urtheilen des Hofgerichts an das Oberhofgericht."

Die hofgerichtliche Majorität, in Uebereinstimmung mit dem frühern Plenarbeschluß, gab jedoch dem eben angeführten §. 86 des Preßgesetzes eine andere Auslegung, als die Minorität. Ersterer unterstellte, daß der zweite Absatz des Paragraphen, welcher von der Form der Erledigung der an die Hofgerichte ergriffenen Appellationen handelt, sich nicht auf die Fälle beziehe, von denen der erste Absatz des Paragraphen spricht, da im ersten Absatze von Erkenntnissen des Untersuchungsrichters, im zweiten Absatze von jenen des Erstinstanzgerichts die Rede sei, beide Ausdrücke aber nicht als gleich bedeutend angesehen werden könnten; daher der zweite Absatz nur auf jene Urtheile Anwendung finde, welche nach §. 17 Nr. 2 des Preßgesetzes von den Aemtern, als Strafrichtern, erlassen würden.

Für die Richtigkeit der Ansicht der Minorität dürften indessen folgende überwiegende Gründe sprechen.

Es handelt sich hier einzig und allein um die doctrinelle Auslegung eines Gesetzes, welche von keinem Gerichtshofe durch einen Plenarbschluß im Voraus und für alle Zeit gegeben worden, und welche, wenn sie auch im einzelnen Falle ausgesprochen wurde, bei Beurtheilung eines spätern Falles die Richter nicht hindern kann, ihrer rechtlichen Ueberzeugung zu folgen, wenn diese gleich von jenem Beschlusse abweicht.

Wenden wir zuerst gramatikalische Auslegungsregeln an, so finden wir, daß zwischen den in den beiden Absätzen des §. 86 gebrauchten Auedrücken „Untersuchungsrichter" und „Erstinstanzgericht" kein Unterschied ist. Denn alle Voruntersuchungen in Preßsachen werden von dem Erstinstanzgerichte geführt, das nach unserer Staatsorganisation bis jetzt immer durch einen Einzel-Richter repräsentirt wird.

Digitized by Google

Es ist also das Erstinstanzgericht dasjenige, das in concreto den persönlichen Verhaft erkennt, es stellt der Untersuchungsrichter wieder dasselbe Gericht dar, welches über die in §. 17 Nr. 2 des Preßgesetzes erwähnten Strafanträge entscheidet.

Wenn daher der zweite Absatz des §. 86 die Förmlichkeiten der Verhandlung und Urtheilsfällung bei der Appellation gegen Erkenntnisse des Erstinstanzgerichts im Allgemeinen normirt, so müssen, da nicht ausdrücklich zwischen den verschiedenen Gattungen von Erkenntnissen des gedachten Gerichts unterschieden wird, die Regeln des zweiten Absatzes wohl auch auf die Erkenntnisse des nämlichen Gerichts Bezug haben, welche unmittelbar vorher im nämlichen Paragraphen erwähnt worden sind.

Gehen wir zur Auslegung nach dem Geiste des Gesetzes über, so ersehen wir aus dem letztern, daß es überall, sowohl dem Ankläger als dem Angeschuldigten, hinreichende, ja oft übermäßige Garantieen einer sorgfältigen Rechtspflege gewähren wollte. Wir würden nun in dem Gesetze gewiß keinen Grund aufzufinden vermögen, warum nur bei der Appellation gegen ein amtliches Erkenntniß, welches über eine angetragene Geldstrafe (nach §. 17 Nr. 2) Bestimmungen trifft, auf schriftlichen Vortrag und nochmalige mündliche Anhörung der Parteien judicirt werden dürfte, dagegen da, wo es sich um weit wichtigere Interessen, nämlich um die Entscheidung über den, die persönliche Freiheit beschränkenden Verhaft handelt, wenigere Garantie für die richtige Entscheidung gegeben seyn, und deßhalb schon auf mündlichen Vortrag des Respicienten, ohne Anhörung der Partei, erkannt werden soll.

Was die Absicht des Gesetzgebers betrifft, so gibt keine andere Stelle des Preßgesetzes über das Verfahren bei Appellationen wegen erkannten persönlichen Verhafts Maß und Ziel. Gleichwohl ist aber jenes Gesetz, so weit es das Verfahren in Preßsachen vorschreibt, als ein geschlossenes systematisches Ganzes anzusehen. Wollte man nun behaupten, daß der zweite, von allen Erkenntnissen des ersten Instanzgerichts sprechende, Absatz des §. 86 auf die im ersten Absatze des nämlichen Paragraphen erwähnten Erkenntnisse des Untersuchungsrichters (der zugleich der Erstinstanzrichter ist) sich nicht beziehe, so würde man eine Lücke im Gesetze unterstellen. Man würde ferner, wenn man den genauen Zusammenhang jener zwei Absätze ein und desselben Paragraphen läugnete, dem Gesetzgeber, bezüglich auf die Verbindung so heterogener Bestimmungen, Mangel logischer Ordnung vorwerfen müssen.

Daß wir aber zu Annahme jener Lücke in dem Systeme und zu dem letztgedachten Vorwurfe keinen Grund haben, ergibt sich aus den, der Publikation des Gesetzes vorgängigen Kammerverhandlungen, welche den richtigsten Maßstab zur Auslegung des Gesetzes selbst liefern.

Der von der großherzoglichen Regierung den Ständen vorgelegte Entwurf des Preßgesetzes besagt nämlich in §. 91 wörtlich:

> „Gegen Erkenntnisse des Untersuchungsrichters, womit er die Beschlagnahme verfügt oder aufhebt, oder womit er erkennt, daß kein Grund zur gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, oder womit persönlicher Verhaft erkannt wird, findet die Revision bei dem Hofgerichte Statt. Ihre Rechtfertigung, Verhandlung und Aburtheilung geschieht in gleicher Weise wie über die Revision beim Oberhofgericht bestimmt ist.“ — Verhandlungen der II. Kammer der Ständeversammlung von 1821, Beilageheft XI. S. 250.

Die Intention der großherzoglichen Regierung war hiernach keine andere, als daß das Rechtsmittel, welches gegen ein, den persönlichen Verhaft aussprechendes amtliches Erkenntniß an das Hofgericht ergriffen wird, auf dieselbe Weise verhandelt werden soll, wie die Rechtsmittel gegen hofgerichtliche Urtheile.

Die zweite Kammer war mit diesem Grundsatze einverstanden. Die Annahme desselben wurde in dem Commissionsberichte des Abgeordneten Bekk — Beilageheft XIII. S. 71 — ausdrücklich beantragt, und in der Discussion wurde von der Kammer nicht der mindeste Anstand deßhalb erhoben. — Protokollheft 1834. S. 201.

Die Redaction des Paragraphen selbst mußte übrigens in so weit eine Aenderung erleiden, als die Kammer schon vorher beschlossen hatte, daß die sowohl von den Aemtern an die Hofgerichte, als von diesen an das Oberhofgericht zu ergreifenden Rechtsmittel nicht eine Revision, sondern eine Appellation seyn, und die Competenz der Unterrichter (der Aemter) erweitert werden sollte.

Die erste Kammer trat den Anträgen der zweiten Kammer vollkommen bei, und die Regierung genehmigte sie.

Es ist also klar, daß die großherzogliche Regierung (deren Entwurf rücksichtlich des Grundsatzes, von dem hier allein die Rede ist, keine Beanstandung bei der Discussion fand) und beide Kammern der Ständeversammlung dem nunmehrigen §. 86 des Preßgesetzes einen andern Sinn unterlegten, als der schon erwähnte hofgerichtliche Plenarbeschluß, und es ist eben so klar, daß einem Gesetze, bei dessen Anwendung in den Gerichten auch keine andere Auslegung gegeben werden darf, als der Gesetzgeber da, wo dessen Wille und Absicht erkennbar ist, selbst dem Gesetze gab.

Digitized by Google

Sollte es daher auch, wie in den im ersten Bande S. 165 der Annalen abgedruckten Motiven zu dem fraglichen Hofgerichtsbeschlusse behauptet wird, unzweckmäßig seyn, die Appellation bei Beschwerden über den persönlichen Verhaft nach Vorschrift des §. 86, verbunden mit §. 83 des Preßgesetzes, zu behandeln, so kann eine Aenderung hierin doch nur im Wege der Gesetzgebung getroffen werden.

Kirn.

II.

Kann in Ansehung der Zinsen, wenn sie für sich die Appellationssumme nicht erreichen, abändernd erkannt werden, obschon in Bezug auf die der Summe nach zur Appellation geeignete Hauptforderung ein bestätigendes Urtheil ergeht?

(Nachtrag zu dem Aufsatz in Nr. 19 des dritten Jahrgangs).

Düll gegen Hörner.

Der amtlichr Bescheid verurtheilte den Beklagten zur Zahlung von Zinsen, welche zur Zeit der Einklagung des Kapitals ad 50 fl. gegen 20 fl. betrugen, sohin die Appellationssummr nicht erreichten.

Es wurde aber deßfalls eine besonderr Nebenbeschwerde darauf gegründet, daß der Beklagte niemals in Verzug gesetzt worden, und die Verjährung des L.R.S. 2277 wenigstens theilweis eingetreten sei.

Hierauf ließ sich jedoch das Hofgericht, indem es den Amtsbescheid in der Hauptsache bestätigte, aus dem Grunde nicht ein, weil hinsichtlich der Zinsen dir Appellationssumme nicht vorhanden war.

Wegen dieses Nebenpunktes ergriff der Beklagte, gestützt auf den §. 1175 Nr. 4 der Pr. Ordn. die Oberberufung, welche aber unterm 30. Juni d. J. als unstatthaft verworfen ward.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß die oberappellantische Beschwerdeschrift wider das hofgerichtliche Urtheil vom 17. März d. J. nur gegen die Zinsen eines Kapitals ad 50 fl. vom Jahr 1826, so wie gegen die verfällten Kosten gerichtet ist, mithin dir Oberappellation schon aus Mangel der Summe als unstatthaft erscheint;

In weiterer Erwägung, daß aber auch keiner von jenen Fällen, in welchen dieses Rechtsmittel, ohne Rücksicht auf das Daseyn der Summe, Statt findet, als vorhanden angenommen werden kann, indem

a) wenn gleichwohl die Behauptung des oberappellantischen Sachwalters ihre Richtigkeit hat, als habe nämlich das großherzogliche Hofgericht das Amtsurtheil hinsichtlich der Zinsen aus dem Grunde bestätigt, weil, wie es in seinen Entscheidungsgründen sagt: wegen der Zinsen allein eine Abänderung des Bescheids nicht erfolgen könne, da in dieser Beziehung dir Beschwerdesumme nicht vorhanden seie; — wenn es ferner seine Richtigkeit hat, daß der vorgedachtr Grund mit den Bestimmungen im §. 1174 Nr. 2 der Pr. Ordn. über die Berechnung der Oberappellationssumme nicht übereinstimmt, weßwegen das Hofgericht auf einen unwahren Rechtssatz gebaut haben soll — und wenn endlich auch die Proceßordnung im §. 1175 Nr. 4 eine Appellation ohne Rücksicht auf das Vorhandenseyn der Summe gegen ein beschwerendes Urtheil zuläßt, welches auf einen unwahrrn, in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatz gebaut ist; dennoch nach §. 1177 der Pr. Ordn. eine Oberappellation in der Regel niemals Statt findet, sobald es an der Summe fehlt, und nur die Fälle im §. 1175 Nr. 3, 6 und 7, keineswegs aber jener unter Nr. 4 davon ausgenommen sind, indem auf gleiche Weisr

b) auch der writere Fall einer Beschwerde wegen verletzten Vrrfahrens nicht als vorhanden angenommen werden kann, weil, wenn auch der hofgerichtliche Entscheidungsgrund, daß hinsichtlich der Zinsen allein die Appellationssumme nicht vorhanden seie, sich nach den Gesetzen nicht sollte rechtfertigrn lassen, dieses dennoch nur den Stoff zur Beschwerde wegen eines unwahren Rechtssatzes abgeben würde, worüber aber, nach §. 1177 kein dritter Rechtszug Statt findet;

In Erwägung alles dessen ꝛc. ꝛc.

Anmerkung. Da der höchste Gerichtshof die Oberberufung nach §. 1177 der Pr. Ordn. als unstatthaft erklärte, so hätte es wohl als unnöthig betrachtet werden können, demohngeachtet noch die Frage zu berühren, ob die hofgerichtliche Ansicht richtig sei, oder ob sie auf einem unwahren Rechtssatze beruhe.

Uebrigens dürfte der hofgerichtliche Entscheidungsgrund in keinem Falle seine Widerlegung im §. 1174 Nr. 2 der Pr. Ordn. finden, da dieser vorerst nur den Zweck hat, jene Bestimmung des §. 128 der O.G.O. aufzuheben, wornach die Zinsen in die Appellationssumme nicht eingerechnet werden sollen. Es ist folgeweis nur so viel außer Zweifel, daß jetzt selbst dann, wenn die sententia a qua in Ansehung der Hauptforderung bestätigt wird, wegen der Zinsen abändernd erkannt werden kann, falls diese für sich die Appellationssumme erreichen. Unter eben dieser Voraussetzung kann auch wegen der Zinsen allein appellirt werden.

Um die aufgeworfene Frage zu lösen, muß man auf den §. 1172 der Pr. Ordn. recurriren, welcher verordnet, daß dir Appellation gegen jedes Urtheil Statt finde, welches

Digitized by Google

einen Streitgegenstand zuerkennt oder abspricht, dessen Werth die Appellationssumme erreicht. Denn sobald die Appellationssumme überhaupt vorhanden ist, erscheint das Obergericht als competent, um über den ganzen Beschwerdepunkt, also über Haupt- und Nebenforderung zu erkennen, woraus zu folgern seyn dürfte, daß auch wegen eines Postens, welcher für sich allein die oberrichterliche Competenz nicht begründet, abändernd entschieden werden könne. Diese Ansicht hat jedoch auch wieder ihre Schattenseite, weil gewiß nicht selten, um die Appellationssumme herauszubringen, wegen des einen Postens blos pro forma eine offenbar grundlose Beschwerde aufgestellt werden wird, damit ein anderer für sich nicht appellabeler Posten zur oberrichterlichen Cognition und Entscheidung gelange. Zuletzt scheint es darauf anzukommen, ob es der Absicht des Gesetzgebers angemessener sei, daß die Gerichte sich im Zweifel aus Rücksicht für das materielle Recht über die Competenzfrage hinwegsetzen, oder sich aus dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungspolitik gegen die übermäßige Vermehrung der Rechtsmittel aussprechen?

Darnach möchte es jedenfalls nicht so ausgemacht seyn, daß die hofgerichtliche Entscheidung gerade auf einem unwahren Rechtssatz beruhte.

Uebrigens ist sehr zu wünschen, daß die Praxis dieser Controverse recht bald ein Ziel setzen möge. Bayer.

Anmerkung. Mir scheint die Ansicht des Oberhofgerichts die richtige zu seyn.

Vom Standpunkt des Gesetzgebers mag man sich zwar das erwähnte Bedenken aufstellen, ob nicht durch Verbindung offenbar ungegründeter Beschwerden mit andern die Appellationssumme für die letztern gleichsam erschlichen werden könne und dadurch eine ungebührliche Vermehrung der Rechtsmittel entstehe? — ob es also nicht räthlich sei, zu bestimmen, daß bei der Berechnung der Appellationssumme, bei dem Erkenntniß über die formelle Zuläßigkeit der Appellation, die Beschwerden nur in so weit, als sie auch materiell gegründet gefunden werden, in Anschlag kommen sollen.

Dies ist nun aber, wenn es sich de lege lata handelt, weder in der alten Gesetzgebung, noch in der neuen Proceßordnung geschehen.

Das Gesetz vermischt die formelle Frage mit der materiellen gar nicht, und es unterscheidet bei Beurtheilung der erstern nicht, ob die aufgestellten Beschwerden auch gegründet seien oder nicht. Lege non distinquente judicis non est distinquere.

Das Erkenntniß über die Zuläßigkeit einer Appellation ist unabhängig von dem Erkenntnisse über ihre materielle Begründung, ja das letztere Erkenntniß ist durch das Vorausgehen des erstern bedingt, und so lang die Appellation nicht als formell zuläßig angenommen wird, berührt den Richter die materielle Begründung oder Nichtbegründung der Beschwerden gar nicht.

Der §. 1172 der Pr. Ordn. gestattet die Appellation gegen jedes Urtheil, wenn der Werth des Streitgegenstands die Appellationssumme erreicht, also nicht blos, wenn der Appellant um diese Summe wirklich beschwert ist.

Streitgegenstand ist in zweiter Instanz noch alles dasjenige, worüber die Parteien streiten, also jedenfalls alles, worüber der Appellant sich gegen das Urtheil erster Instanz beschwert, und nicht blos dasjenige, hinsichtlich dessen ihn der Oberrichter wirklich als beschwert erkennt.

Durch das Daseyn der geforderten Streitsumme, durch das Daseyn der Summe der vom Appellanten einseitig aufgestellten Beschwerden, wird die Sache zum höhern Erkenntnisse devolvirt, und ist sie dies einmal, so hat der Oberrichter darüber zu erkennen, wenn er gleich nur eine geringe, unter der Appellationssumme stehende, Beschwerde für gegründet und alle andern Beschwerden für ungegründet erkennt. D. R.

Ankündigung.

Indem wir Diejenigen verehrten Leser der Annalen, welche ihre Bestellungen auf den bereits begonnenen vierten Jahrgang der Annalen noch nicht gemacht haben, hiemit einladen, solche baldgefällig nachzutragen, — haben wir zugleich das Vergnügen, anzeigen zu können, daß der Herr Oberhofgerichtsrath Trefurt zu Mannheim sich mit den Herausgebern dieser Blätter verbunden habe, und daß derselbe, so wie der ebenfalls zum Oberhofgerichtsrath ernannte bisherige Mitherausgeber Herr Litschgi, künftig eine große Anzahl oberhofgerichtlicher Entscheidungen einrücken werde, so daß diese künftig in den Annalen gewissermaßen einen stehenden Artikel bilden werden, wodurch diese Blätter an Werth wesentlich gewinnen müssen.

Auch sollen künftig, um diese Zeitschrift einem größern Kreise von Lesern, insbesondere auch den Verwaltungsbeamten und Ortsvorgesetzten ꝛc. werthvoller zu machen, mehr Administrativsachen als bisher aufgenommen werden.

Für das Hofgericht am Oberrhein ist der Hofgerichtsassessor Woll zu Freiburg an die Stelle des von dort zum Oberhofgericht versetzten Mitherausgebers Herrn Litschgi getreten, so wie dessen Stelle für das Hofgericht der Seeprovinz bereits für das Jahr 1835 der Hofgerichtsrath Aschbach zu Meersburg übernahm. Der Preis des Jahrgangs ist 4 fl., und für die Exemplare, welche durch die Briefpost bezogen werden, 2 fl. 20 kr. per Semester. Von den ersten drei Jahrgängen sind noch wenige vollständige Exemplare zu haben, die fortwährend zu den bekannten Preisen abgegeben werden.

Karlsruhe, den 31. Jänner 1836.

Die Verlagshandlung.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 7. | Karlsruhe den 13. Februar 1836.

I.

Ueber richterliche Unterpfänder.

In Nr. 44 (dritter Jahrgang) der Annalen wird die in Nr. 33 vertheidigte Ansicht, daß auch das gerichtliche Anerkenntniß einer Schuld als Titel zu einem richterlichen Unterpfand gelte, als durchaus verwerflich dargestellt. Ob dieses aber aus den in jenem Aufsatz enthaltenen Gründen wirklich der Fall ist, dürfte noch zu bezweifeln seyn.

Es ist und mußte zwar nach dem klaren Wortlaut des L.R.S. 2123 schon in Nr. 33 zugegeben werden, daß jene Stelle nicht des richterlichen Unterpfands erwähnt, das aus einem gerichtlichen Anerkenntniß einer nicht mit einer Privaturkunde bezeugten Schuld entsteht, es frägt sich dann aber weiter, ob nicht in Berücksichtigung des L.R.S. 4n Gründe dafür sprechen, auch einem solchen Anerkenntniß jene Wirkung einzuräumen. Man berief sich hierwegen auf den Satz confessus pro judicato habetur und einige Stellen des Landrechts, um zu zeigen, daß das Anerkenntniß vor Gericht in mehrfachen (nicht in allen) Wirkungen dem richterlichen Urtheil gleich stehe. Daran knüpft man die Behauptung, daß gerade die in jenen Sätzen liegende Gleichstellung des Urtheils und gerichtlichen Anerkenntnisses auch die Wirkung der letzteren, als Titel zu einem richterlichen Unterpfand zu gelten, zur Folge hat.

Was zuvörderst den Satz confessus judicatus est betrifft, so wird von dem Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung behauptet, es enthalte dieser Satz nur so viel, daß Derjenige, welchem das Geständniß gegeben wurde, seine dem Richter vorgebrachte Behauptung bewiesen, und daß ihm das in Anspruch genommene Recht zuständig sei; allein ein solches Geständniß sei nicht vollziehbar, sondern bedürfe noch des Ausspruchs des Richters, daß es erfolgt, und insbesondere, daß in Folge dieser Geständnisse der Gegentheil dieß oder jenes schuldig sei. Die beiden ersten Behauptungen, daß der fragliche Satz so viel in sich schließe, es habe der Gläubiger sein ihm zustehendes Recht erwiesen, sind unzweifelhaft richtig, die übrigen nur zum Theil. Sie sind es namentlich nur in denjenigen Fällen, bei welchen die Parteien in Bezug auf das Thatsächliche des Rechtsstreits Geständnisse abgelegt haben, jedoch verschiedene rechtliche Folgerungen aus diesen Thatsachen ziehen; in solchen Fällen muß der Richter freilich noch einen Ausspruch thun, nicht aber da, wo der Anspruch mit dem thatsächlichen Vortrag eines klagenden Gläubigers von dem Beklagten zugegeben wird, vielmehr hat dadurch der Rechtsstreit sein Ende erreicht. Wenn z. B. ein Gläubiger seinen Schuldner auf Zahlung eines fälligen Darleihens belangt, dieser vor Gericht den Empfang des Darleihens, das Fälligseyn desselben, kurz seine alsbaldige Zahlungsverbindlichkeit, zugesteht, so würde der Richter etwas Ueberflüssiges thun, wenn er dem ungeachtet noch über eine unbestrittene Verbindlichkeit ein Urtheil geben wollte, da doch ein Urtheil nur eine Entscheidung über ein streitiges Rechtsverhältniß ist. Der Satz confessus judicatus est hat daher nicht den eingeschränkten Sinn, wie solcher von dem Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung behauptet wird, sondern er enthält eine Gleichstellung des Urtheils und gerichtlichen Anerkenntnisses darin, daß beide die zur Klage gebrachten Verhältnisse in so fern regeln, daß die eine Partei gegen die andere eine Verbindlichkeit zu erfüllen hat.

Diese Gleichstellung, und somit die Aufnahme des Satzes confessus pro judicato habetur, enthält auch unser Landrecht im Satz 2123.

Die Worte „mithin Urtheils nicht weiter bedürftig" beziehen sich keineswegs bloß auf Urkundenanerkenntnisse, sondern auf das Wort „Schuld", und sagen daher, daß es über diese keines Urtheils bedürfe, wenn sie eingestanden sei. Bezögen sich jene Worte aber auch nur auf Urkundenanerkenntnisse, so enthielten sie nur eine Anwendung jenes allgemeinen Satzes auf einen bestimmten Fall, und es ist dann jedenfalls so viel dadurch ausgesprochen, daß es keines Urtheils über ein Anerkenntniß der Unterschrift einer Urkunde bedarf, wenn diese anerkannt worden ist. Letzteres wird aber in dem Aufsatz Nr. 44 ebenfalls bestritten, aber gewiß mit Unrecht. Es wird sich zur Begründung dieser Ansicht auf

Digitized by Google

den französischen Text des L.R.S. 2123 *) und auf §. 424 der badischen Proceßordnung **) berufen, woraus hervorgehe, daß bei dem Anerkenntniß der Unterschrift einer Urkunde der Richter noch bezeugen, d. h. aussprechen müsse, daß die Anerkennung vor ihm richtig geschehen sei. Dieß liegt aber nicht darin, denn aus dem L.R.S. 2123 geht nur hervor, daß aus den Anerkenntnissen der Unterschrift oder der Bewährung (vérification) das Unterpfandsrecht entstehe. Durch das Wort „oder" ist gerade das Gegentheil gesagt, nämlich, daß es entweder zu jener Wirkung des Anerkenntnisses der Partei bedürfe, oder des Ausspruchs des Richters über die Richtigkeit der Unterschrift. Es stimmt der S. 2123 ganz mit L.R.S. 1322 und folgende überein. Hiernach kommen bei Urkundenanerkenntnissen folgende Fälle vor:

a) Die Partei, welche ihre Unterschrift anerkennen soll, erscheint in der hiezu anberaumten Tagfahrt nicht; dann hat der Richter die Urkunde für anerkannt zu erklären (jugement de reconnaissance).

b) Die Partei erscheint, läugnet aber die Unterschrift ab, dann muß auf die Bewährung (vérification) erkannt werden.

c) Die Partei erscheint und erkennt die Unterschrift an, dann bedarf es weder eines Erkenntnisses über die Anerkennung (a), noch einer Bewährung (b). Daß für diesen Fall auch ein Urtheil ergehen müsse, ist nirgends im Gesetz gesagt, und namentlich auch nicht in dem angerufenen §. 424 der Pr. Ordn., denn dieser schreibt nur vor, was im Fall des Nichterscheinens des Anerkennungspflichtigen in der Produktionstagfahrt geschehen müsse, handelt also von dem Fall a, nicht von dem unter c, für welchen vielmehr in §. 433, 434 dasjenige vorgeschrieben ist, was so eben angeführt wurde, daß nämlich im Fall des Erscheinens und der Anerkennung kein Erkenntniß nothwendig ist. Das Gesetz räumt demnach in dem L.R.S. 2123 schon dem Anerkenntniß einer Privaturkunde (obgleich solche nur eine Thätigkeit der Partei ist) die Wirkung, als Titel zu einem Unterpfandsrecht zu gelten, ein. Nur in so fern muß der Richter die geschehene Anerkennung bezeugen, als ohne dieses Zeugniß der Eintrag in das Unterpfandsbuch nicht realisirt werden kann, der Titel zur Erwirkung des Unterpfands ist aber schon durch das Anerkenntniß selbst entstanden.

Hiernach wird sich wohl auch im Allgemeinen die Behauptung rechtfertigen lassen, daß im Fall der Anerkennung einer Verbindlichkeit vor Gericht dieses kein Urtheil mehr über diese zu ertheilen hat, daß demnach beide, Urtheil und Anerkenntniß, darin sich gleich sind, daß sie die gerichtliche Feststellung der Existenz einer Verbindlichkeit enthalten.

Wenn nun aber auch diese Gleichheit vorhanden ist, so wird man fragen, ob daraus auch die Wirkung, richterliches Unterpfand zu bewirken, dem Anerkenntniß beigelegt werden müsse. Die Antwort darauf wird bejahend seyn, wenn man auf den Grund zurückgeht, aus welchem das Urtheil das richterliche Unterpfand erzeugt. Dieses besteht aber lediglich darin, daß in diesem eine öffentliche Beurkundung der Existenz einer vollziehbaren Verbindlichkeit liegt. Ist diese Behauptung richtig, so wird man auch wohl mit Recht dem Gerichtsprotokoll als einer öffentlichen Beurkundung über die Existenz einer solchen Verbindlichkeit jene Wirkung zugestehen müssen. Für die Richtigkeit obiger Behauptung beruft man sich auf die Autorität französischer Schriftsteller über den Code civil, namentlich auf Grénier Traité des hypothèques V. 1. p. 5 und Pandectes françaises par Riffé – Caubray et Delaporte XV. p. 242. In der letztern Stelle ist nach Erörterung der geschichtlichen Entstehung des richterlichen Unterpfands, und namentlich nach Anführung der nicht zu bestreitenden Thatsache, daß in dem ältern französischen Recht jede öffentliche fehlerfreie Urkunde über eine Verbindlichkeit (acte authentique) ein Unterpfand bewirkte, gesagt:

> les jugemens étant des actes authentiques l'hypotèque s'en est ensuivie.

In diesen Worten liegt wohl unzweifelhaft die Bestätigung des obigen Satzes, daß der Grund, der Wirkung richterliches Unterpfand zu verschaffen, für das Urtheil nur in der Authenticität desselben zu suchen sei. Daß dem Urtheil aus einem andern Grunde in dem neuern französischen Recht das Unterpfandsrecht eingeräumt worden sei, dürfte sich nicht wohl behaupten lassen.

Die allegirte Stelle Gréniers bestätigt dieß ebenfalls, indem er in Bezug auf die Wirkung der Urkundenanerkenntnisse, richterliches Unterpfand zu erzeugen, bemerkt:

> Dans ce dernier cas il y avait authenticité de la même manière que cette *authenticité existe dans les condamnations judiciaires.*

Also auch hier ist die öffentliche Beurkundung, die authenticité, als der Grund des richterlichen Unterpfandsrechts für das Urtheil angeführt.

Der Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht behauptet aber, ein Anerkennungsprotokoll sei nicht so vollziehbar wie das Urtheil, und letzteres schließe daher noch mehr in sich als jenes. Es ist freilich das Anerkennungsprotokoll in so

*) S. 2123 des C. N. — Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

**) §. 424 der Pr. Ordn. Die Vorladung zur Tagfahrt droht ausdrücklich die Rechtsnachtheile des Nichterscheinens an, welche für den Beweisführer darin bestehen, daß das Beweismittel für aufgegeben, für die Gegenpartei aber darin, daß die Urkunde für anerkannt angenommen wird.

Digitized by Google

fern nicht vollziehbar, als auf dieses hin der Richter unmittelbar eine Vollstreckungshandlung vornehmen könnte. Diese Vollziehbarkeit ist aber auch für den Zweck des Unterpfands nicht nöthig, denn dieser ist nur Sicherheit für den Anspruch des Gläubigers, nicht aber zu realisirende Tilgung der Verbindlichkeit, welche Zweck der Vollstreckung ist. Wollte man unter Vollziehbarkeit dasjenige verstehen, was in dem Aufsatz Nr. 44 darunter verstanden wird, so müßte man dem Urtheil die Wirkung, Unterpfandsrecht zu erzeugen, erst von dem Tag an einräumen, an welchem die zu dessen Befolgung gegebene Frist abgelaufen war, dieß kann aber nicht behauptet werden, sondern schon die Erlassung bringt jene Wirkung hervor.

Man müßte dann ferner, wenn man unter Vollziehbarkeit die zur Vollstreckung nöthige, und nicht vielmehr solche dahin verstehen wollte, daß nur die Existenz einer Verbindlichkeit ausgesprochen ist, auch wohl mit Recht die Ansicht der französischen Gerichtshöfe (welche doch in Nr. 44 der Annalen getheilt zu werden scheint) verwerfen, daß ein Urtheil auf Rechnungsstellung schon ein richterliches Unterpfandsrecht begründe, denn ein solches ist doch wohl nicht zur Vollstreckung vollziehbar, da durch dasselbe noch gar nicht einmal ausgesprochen ist, ob nach der Rechnungsstellung nur ein Anspruch für den, zu dessen Gunsten das Urtheil ergieng, vorhanden seyn wird.

Eben so wenig vollziehbar in der angegebenen Bedeutung würde das Urtheil über die Aechtheit der Unterschrift einer Privaturkunde seyn, denn wenn diese Aechtheit auch wirklich von dem Richter ausgesprochen ist, und mehr wird ja in dem L.R.S. 2123 zur Wirkung eines Unterpfandsrechts nicht verlangt, kann dann auch schon wegen des Anspruchs Vollstreckung erkannt werden? Gewiß nicht. Alle diese Fälle enthalten nur Keime zu einer Verurtheilung, und die Vollziehbarkeit besteht bei ihnen lediglich darin, daß eine Verbindlichkeit gerichtlich festgesetzt wurde, und dennoch gelten sie als Titel zu einem richterlichen Unterpfand.

Eben deßhalb aber ist nicht einzusehen, warum die Anerkennung der Schuld selbst nicht eben diese Wirkung haben sollte, sie enthält doch gewiß mehr als der Ausspruch der Aechtheit einer Schuldurkunde und als der Ausspruch, daß vielleicht aus einer Rechnungsstellung, zu der Jemand verpflichtet ist, der Berechtigte einen Anspruch haben kann.

Da somit der Zweck des Unterpfandes, Sicherheit für den Anspruch und den Grund, auf welchem bei dem Urtheil die Wirkung, Unterpfandsrecht zu erzeugen, darin besteht, daß solches als eine öffentliche fehlerfreie Urkunde das Vorhandenseyn einer fälligen Verbindlichkeit enthält, so wird sich auch die Behauptung rechtfertigen lassen, daß, da das richterliche Anerkennungsprotokoll eine eben solche Urkunde ist, die nämliche Wirkung auch diesem beizulegen sei.

Will man aber behaupten, daß die allegirten Stellen aus den Pandectes françaises und aus Grenier's Traité des hypothèques auf unrichtigen Unterstellungen beruhen, so wird man doch wenigstens zugeben müssen, daß das Anerkenntniß der Hauptschuld auch einen Keim zu einer Verurtheilung, wie die Anerkennung einer Privaturkunde enthalte, und in so fern auch als Titel zu einem Unterpfandsrecht gelte.

Diese Ansicht wird denn auch durch Delvincourt (Cours de Code civil VIII. p. 56) bestätigt, der sogar noch weiter geht, und nicht allein, wie in dem gegenwärtigen Aufsatz vertheidigt wird, dem vor Gericht erfolgten Anerkenntniß einer schon bestehenden, fälligen Schuld, sondern auch jeder vor Gericht erst contrahirten Verbindlichkeit das Unterpfandsrecht einräumt, indem er lit. e sagt:

> Pour qu'un jugement puisse produire l'hypothèque est necessaire, qu'il prononce absolument une condamnation? Je ne le pense pas; et je crois qu'il suffit, qu'il contienne le germe d'une condamnation. Ainsi un jugement de reconnaissance d'écriture ne contient point de condamnation, et cependant il emporte hypothèque. *En un mot, je pense que toute obligation contractée en jugement, doit emporter hypothèque.*

Gegen die vertheidigte Ansicht sind auch nicht die Brauerschen Erläuterungen, denn im IV. Bd. p. 182, 183 ist das Anerkenntniß einer Urkunde dem Erkenntniß über die Aechtheit entgegengestellt, und wird für jenes kein Ausspruch des Richters mehr verlangt, sondern dem Anerkenntniß als solchem schon die Wirkung, Unterpfandsrecht zu erzeugen, beigelegt, obwohl es nur eine Thätigkeit der Partei vor dem Richter ist.

In der Bemerkung 57 ist gesagt, daß der alte Grundsatz des französischen Rechts theilweise in das neue Recht übergieng, indem man zwar nicht allen in einer öffentlichen Urkunde vorkommenden Verträgen, aber doch jenen, deren Zweck ein Anerkenntniß einer frühern Verbindlichkeit (nicht der Urkunde über eine solche) war, das Unterpfandsrecht wieder zugestand. Nun ist aber doch gewiß das Protokoll des Richters, nach welchem ein Schuldner seine Verbindlichkeit anerkannt hat, eine solche Urkunde. Eben daraus geht ferner hervor, daß auch Brauer unter Vollziehbarkeit nur die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Feststellung der Existenz einer Verbindlichkeit verstand.

Würde man von Brauer behaupten wollen, daß er der entgegengesetzten Meinung sei, so dürfte ihm wohl eine Inconsequenz vorgeworfen werden, wenn er, wie in dem Aufsatz Nr. 44 angegeben ist, den vor einem Staatsschreiber

Digitized by Google

aufgenommenen Urkunden über das Anerkenntniß einer früheren Verbindlichkeit das Unterpfandsrecht einräumen würde, und nicht auch den gerichtlich aufgenommenen Protokollen über ein solches Anerkenntniß, nachdem er in Bemerkung 57 die Anerkenntnisse vor Gericht als überlegtere und feierlichere bezeichnet, denn die vor einem Staatsschreiber geschehene. S.

II.

Rechtsfall.

Personalarrest als Sicherungsmittel.

Lurbourg gegen Döring.

Der großherzogliche Hoftheaterintendant Graf Lurbourg ließ durch seinen Anwalt am 23. Dezember 1835 bei dem Stadtamte Mannheim vortragen:

Zu Folge eines im Original vorgelegten Schuldscheins habe Schauspieler Döring am 16. Mai 1835 von dem Kläger 1300 fl. mit dem Versprechen entliehen, solche in drei Raten von seinen Beneficvorstellungen, welche er in den Monaten Oktober oder November jedes Jahrs erhalte, zurück zu bezahlen. Als Unterpfand habe der Schuldner eine Gothaer Lebensversicherungsurkunde dem Gläubiger aushändigen wollen. Die letzte Zusage sei bis jetzt unerfüllt geblieben, und von der Schuld erst der Betrag von 425 fl. abgetragen worden. Jetzt wolle der Schuldner auch die andere Sicherheit dem Gläubiger entziehen, indem jener nämlich, nach zwei im Original vorgelegten Briefen desselben, beabsichtige, seines Vertrags ohngeachtet, seine Stelle bei dem Theater aufzugeben und die Stadt zu verlassen. Auch habe Döring bereits seine Effekten theils verkauft, theils abgesendet, wie ein in dessen Wohnung vom Richter einzunehmender Augenschein beweisen werde. Da Döring nicht als Inländer betrachtet werden könne und kein Vermögen besitze, auf welches ein dinglicher Arrest anzulegen sei, und der L.R.S. 2060a Nr. 11 auf ihn Anwendung finde, so werde, unter dem Anerbieten der vom Richter zu bestimmenden Sicherheit für Kosten und Schadenersatz, der Antrag gestellt, sogleich Personalverhaft gegen den Beklagten zu erkennen und ihn zu verurtheilen, die Gothaer Versicherungsurkunde auszuliefern, und entweder den Vertrag durch Möglichmachung der Beneficvorstellungen zu erfüllen oder andere Sicherheit zu leisten.

Das Stadtamt Mannheim erkannte hierauf:

In Erwägung, daß die Ansprüche durch den Schuldschein bescheinigt sind,

daß aus den Briefen bescheinigt ist, daß der Beklagte sich, sei es mit Recht oder Unrecht, entfernen wolle,

daß vom Beklagten keine hinreichende dingliche Sicherheit zu erwarten steht, da er dahier nicht ansäßig, und nach Ansicht des L.R.S. 2060a Nr. 11

den gebetenen Personalarrest, und bestimmte eine Tagfahrt zur Justification auf den nämlichen Nachmittag, wozu Beklagter vorgeladen werden sollte, um sich auf das Arrestgesuch vernehmen zu lassen, unter dem Bedrohen, daß sonst das Arrestverfahren fortgesetzt und er mit seinen Einreden gegen die Rechtmäßigkeit ausgeschlossen werden solle.

Da der Beklagte nicht zu Hause angetroffen wurde, so ließ ihn das Amt durch die Polizei sistiren.

Das am Nachmittage über die Arrestjustification gefertigte Protokoll lautete dahin:

„Es erscheint Schauspieler Döring, welchem man den Beschluß vom heutigen eröffnete und die Duplicate zustellte *). Derselbe erklärt hierauf: Ich erkenne die vom Gegentheil vorgelegten Urkunden, so wie die eingeklagte Forderung für richtig an. Den Arrest, welcher über mich verhängt ist, will ich in der gewöhnlichen Art antreten. Beide Theile erklären hierauf, daß somit die Arrestjustification überflüssig sei."

Hierauf ergieng,

In Erwägung, daß der Impetent die Richtigkeit der klägerschen Forderung, so wie sämmtliche, von demselben, die Gefahr bescheinigende Urkunden anerkannt hat.

In Erwägung der bereits im Arresterkenntniß angeführten Gründe

der Bescheid:

daß der gegen Döring erkannte Personalarrest fortzubestehen habe.

Bei Publikation dieses Erkenntnisses zeigte der Beklagte die Berufung dagegen an. Nach gepflogenen Appellationsverhandlungen erkannte das Hofgericht am Unterrhein am 30. Dezember 1835 abändernd dahin:

„daß Kläger mit seinem Antrage auf Personalarrest gegen den Beklagten abzuweisen und der provisorisch erkannte Arrest wieder aufzuheben sei."

Die Gründe hiezu bestanden im Wesentlichen darin:

Es handle sich hier nicht um einen Arrest als Zwangsmittel zum Vollzuge, sondern lediglich um einen Arrest als Sicherungsmittel rechtlicher Ansprüche, weßhalb zunächst die hierüber in der Proceßordnung enthaltenen Grundsätze zur Anwendung gebracht werden müßten. Kläger

*) Nach §. 689 der Pr. Ordn. hätte die Zustellung der Abschrift des Arrestgesuchs sammt Beilagen schon mit der Vorladung geschehen sollen, damit der Beklagte sich auf seine Vertheidigung vorbereiten konnte und nicht, wie hier geschehen, überrascht werde.

K.

Digitized by Google

habe hiernach außer der (für genügend erachteten) Bescheinigung seiner Forderung, auch eine ihm drohende, den Arrest im Allgemeinen rechtfertigende Gefahr und insbesondere einen Grund zu Erkennung des persönlichen Verhafts zu bescheinigen.

Jene Gefahr solle bescheinigt werden:

1) durch die Behauptung, „daß Beklagter ein Ausländer und im Inlande nicht angesessen sei", hiefür habe Kläger aber keine Bescheinigung *) beigebracht, und der Gerichtshof besitze keine officielle Kenntniß davon, daß Beklagter Ausländer sei;
2) durch zwei vom Beklagten am 9. und 17. Dezember d. J. an die großherzogliche Hoftheaterintendanz geschriebene Briefe, woraus hervorgehen solle, „daß jener seine Stelle dahier aufzugeben und die Stadt zu verlassen beabsichtige"; aus diesen Briefen könne aber nur ersehen werden, daß Beklagter um seine Entlassung aus dem Dienste der großherzoglichen Hoftheaterintendanz gebeten habe, nicht aber, daß er seine Stelle und das Großherzogthum auch ohne Bewilligung der Intendanz verlassen und somit die Flucht ergreifen wolle;
3) durch die Behauptung, „daß Beklagter seine Effekten theils verkauft, theils versendet habe", welche Behauptung durch richterlichen Augenschein hergestellt werden sollte; diese Behauptung sei aber unerheblich, weil sie, erst wenn sie erwiesen wäre, eine richterliche Vermuthung für die beabsichtigte Flucht des Beklagten und somit die Bescheinigung einer Gefahr, deren der §. 676 Abs. 4 der Pr. Ordn. gedenkt, liefern könnte, die begehrte Beweiserhebung durch den Richter zu Herstellung einer richterlichen Vermuthung nach dem Wesen des Arrestprocesses aber unzulässig sei.

Es fehle demnach an der Bescheinigung eines Arrestgrunds überhaupt.

Abgesehen davon würde der persönliche Verhaft nach §. 680 der Pr. Ordn. nicht Statt finden, da hiernach jenes Sicherungsmittel nur dann in Anwendung gebracht werden dürfe, wenn dinglicher Arrest zu Sicherung des Klägers nicht hinreiche. Dafür liege aber nicht die mindeste Bescheinigung vor, daß Beklagter keinerlei Objecte besitze, auf welche die dingliche Arrestanlegung möglich, oder das letztere unzureichend wäre.

Die protokollarische Erklärung des Beklagten in der zur Justification anberaumten Tagfahrt ersetze die fehlenden Bescheinigungen nicht, weil aus der Unterlassung des Vortrags von Einwendungen gegen die Statthaftigkeit des Arrests kein Zugeständniß abgeleitet werden dürfe (Pr. Ordn. §. 289) *), und der Richter in Ermangelung der gesetzlichen Erfordernisse zu Verfügung des Personalverhafts, diesen um so weniger für fortdauernd erklären konnte, als persönlicher Verhaft arg. des L.R.S. 2063, außer den durch die Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen nicht vertragsmäßig begründet werden und Statt finden darf, somit eine anfänglich freiwillige Unterwerfung des Beklagten in den vom Unterrichter verfügten Verhaft (mit Umgehung der Justificationsverhandlungen) unverbindlich seyn würde.

Gegen die hofgerichtliche Entscheidung wurde sofort die Oberberufung ergriffen, und das großherzogliche Oberhofgericht erließ nunmehr folgendes

Urtheil.

In Sachen
des Grafen von Luxbourg zu Mannheim, Klägers, Appellaten, Oberappellanten,

gegen

Hofschauspieler Döring von da, Beklagten, Appellanten, Oberappellaten,

Personalarrest betreffend,

wird auf den Rechtsbescheid des Stadtamts Mannheim vom 23. November, soll heißen Dezember, v. J., besagend:

daß der gegen Hofschauspieler Döring erkannte Personalarrest fortzubestehen habe, unter Verfällung desselben in die Kosten,

sodann

auf die vom Beklagten hiergegen an das großherzogliche Hofgericht am Unterrhein ergriffene Appellation und dessen abänderndes Urtheil vom 30. Dezember v. J., Nr. 10829, I. Senat, besagend:

daß Kläger unter Verfällung in die Kosten mit seinem Antrage auf Personalarrest gegen den Beklagten abzuweisen und der provisorisch erkannte Arrest wieder aufzuheben sei,

nunmehr

auf die vom Kläger, Appellaten, hiergegen an das Oberhofgericht ergriffene Oberappellation, nach eingekommener Beschwerdeschrift, sodann nach angeordneter und Statt ge-

*) Er hätte mindestens ein Zeugniß der Polizeibehörde, welche des Beklagten Papiere in Händen haben mußte, und des Gemeinderaths vorlegen sollen. K.

*) Man sieht aus dem schon wörtlich mitgetheilten amtlichen Protokolle nicht einmal, daß dem Beklagten, der vor der Tagfahrt die Klage nicht zugestellt erhalten hatte, der Inhalt der Klage, namentlich die Arrestgründe, welche Kläger angeführt hatte, bekannt gemacht worden waren. K.

Digitized by Google

habter mündlicher Verhandlung und hierauf geflogener geheimer Berathung von diesem zu Recht erkannt:

daß unter Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils der amtliche Bescheid wieder herzustellen, und der Beklagte, Oberappellat in die Kosten aller drei Instanzen zu verfällen sei.

V. R. W.

Mannheim, den 4. Januar 1836.

v. Hohnhorst. v. Stengel. Kieffer.

Entscheidungsgründe.

Nach Ansicht des §. 686 der Pr. Ordn., welche die erforderlichen Gesuche des Arrestes bezeichnet.

In Erwägung,

1) daß die Forderung von 875 fl. wegen welcher persönlicher Verhaft des Beklagten nachgesucht ist, durch die mit der Arrestklage vorgelegte Privatschuldurkunde vom 16. Mai 1835 genügend bescheinigt ist, indem der Arrestbeklagte in solcher das Bekenntniß abgelegt hat, von dem Arrestkläger an genanntem Tage eine in 3 Jahresraten zurückzuzahlende Summe von 1200 fl. zu 5 pCt. verzinslich darlehensweise empfangen zu haben.

In Anbetracht

2) was die Gefahr als Arrestgrund anbelangt, daß für die solche begründende Thatsachen ebenfalls genügende Bescheinigung vorliegt, es ist nämlich:

a) die Thatsache, daß die Rückzahlung des dargeliehenen Kapitals sammt Zinsen aus dem Ertrag der dem Schuldner in seiner Eigenschaft als hiesiger Schauspieler im Oktober oder November jeden Jahrs vertragsmäßig zustehenden Benefizvorstellung versprochen, resp. bedingt worden seie, aus der oben angezogenen Schuldurkunde ersichtlich, und

b) die mit der Arrestklage produzirten Originalschreiben des Beklagten vom 9. und 17. Dezember v. J. an die hiesige Hoftheaterintendanz geben dessen feste Willenserklärung an die Hand, vom Neujahr an die hiesige Bühne nicht mehr betreten, und zum Behuf eines anderweiten Engagements Mannheim verlassen zu wollen;

c) die weitere Thatsache, daß Beklagter seine Effekten theils bereits schon verkauft, theils abgesendet habe, und kein sonstiges Vermögen besitze, ist durch den Antrag eines von Richteramtswegen sogleich einzunehmenden Augenscheins in dessen Wohnung nothdürftig bescheinigt, indem der Beweis darüber, daß zur Sicherheit des Berechtigten nichts vorhanden seie, aus richterlichem Localaugenschein zunächst geschöpft werden kann.

In Erwägung

3) daß bei der zu Rechtfertigung des Arrestes anberaumten Tagfahrt, der Arrestbeklagte nicht nur die der Klage zur Grundlage dienenden Urkunden, so wie die Forderung selbst als richtig anerkannt, sondern auch den vorerwähnten Thatsachen unter a und b keinen Widerspruch entgegengesetzt hat, womit eine weitere Bescheinigung derselben begründet ist;

In Anbetracht

4) daß mit diesen Thatsachen die Gefahr nachgewiesen ist, daß ohne das nachgesuchte Sicherungsmittel dem Kläger die wirksame Verfolgung seines Rechts theils sehr erschwert, theils unmöglich gemacht wird. Es begründen nämlich auf der einen Seite die glänzende Aussicht auf eine sorgenfreie Zukunft des Beklagten, wovon sein Schreiben vom 9. Dezember spricht, die Erklärung vom 17. d. M., daß er auf alle Fälle gefaßt seyn müsse, die nicht widersprochene Veräußerung und Versendung seiner Habseligkeiten, die feste Erklärung, nie mehr auf der hiesigen Bühne auftreten, und Mannheim verlassen zu wollen, unverkennbar den Vorsatz, falls ihm sein Entlassungsgesuch mißlingen sollte, sich eigenmächtig von seinen hier eingegangenen Vertragsverbindlichkeiten losreißen zu wollen, und folgeweise den Verdacht der Flucht für diesen Nothfall, um sich seines neuen glänzenden Engagements theihaftig machen zu können; auf der andern Seite aber ist es klar, daß durch die entschieden ausgesprochene Verweigerung, von Neujahr an auf der hiesigen Bühne wieder aufzutreten, die Rückzahlung des Kapitals und der Zinsen auf die bedungene Weise ganz vereitelt würde.

5) Nach Ansicht der §§. 675, 676 Nr. 1 und 6 und 680 der Pr. Ordn. und des L.R.S. 2060 a Nr. 11, wonach unter solchen Sachverhältnissen eine Arrestanlegung, resp. ein persönlicher Verhaft als Sicherungsmittel um so mehr begründet ist, als die Eigenschaft des Beklagten als Ausländer notorisch ist.

6) Nach Ansicht des §. 169 der Pr. Ordn., der Prozeßkosten wegen, mußte, wie geschehen, erkannt werden.

Anmerkung. Zu Nr. 1 c. Der §. 686 der Pr. Ordn. erfordert die Bescheinigung des Daseyns eines gesetzlichen Grunds der Arrestanlegung, und der §. 395 spricht sich darüber aus, welche Beweismittel und Beweisgründe als Bescheinigung anzusehen seien. Darunter sind richterliche Vermuthungen begriffen. Mehr als eine richterliche Vermuthung für die beabsichtigte Flucht des Beklagten (welche nach §. 676 Abs. 1 der Pr. Ordn. einen Arrestgrund enthält) könnte nun aus dem Verkaufe und der Versendung der Fahrnisse nicht sich ergeben. Jener Verkauf ꝛc. ꝛc. ist aber bis jetzt noch gar nicht erwiesen, auch nicht wahrscheinlich gemacht, und es ließe sich noch bezweifeln, ob der begehrte Augenschein diesen Beweis zu liefern im Stande wäre. Es existirte zur Zeit also die gedachte rich-

Digitized by Google

terliche Vermuthung noch nicht, und wenn man die einseitige Behauptung von Thatsachen, aus denen, nur wenn sie vollständig erwiesen wären, eine richterliche Vermuthung und dadurch erst eine Bescheinigung folgen könnte, schon als Bescheinigung gelten ließe, so würde man Behauptung und Bescheinigung für gleichbedeutend nehmen. Von einer „nothdürftigen" Bescheinigung wissen überdieß die Gesetze nichts. Sie wollen eine „vollständige" (also eine mehr als nothdürftige) Bescheinigung. §. 693 der Pr. Ordn.

Zu Nr. 4. Der oberste Gerichtshof erkennt hiernach, da er die vom Beklagten „nicht widersprochene" Veräußerung und Versendung seiner Habseligkeiten als anerkannt annimmt, an, daß auch „stillschweigende Zugeständnisse" nach unserer Proceßordnung noch ganz unbedingt angenommen werden dürfen. Man vergleiche dagegen die §§. 289, 338, 339 und 342 der Pr. Ordn. *).

Zu Nr. 5. Der §. 680 der Pr. Ordn. sagt: „persönlicher Arrest als Sicherungsmittel findet immer nur unter der Voraussetzung Statt, daß dinglicher Arrest zur Sicherung des Berechtigten nicht hinreicht." Da die Proceßordnung jedenfalls das jüngere Gesetz ist, da die Bestimmungen über den Arrestproceß in ihr Bereich gehören und sie jenen vollständig normirt hat, so würde, wenn ein Widerspruch zwischen §. 680 und dem L.R.S. 2060a Nr. 11 bestehen sollte, die Anwendung des letztern nothwendig ausgeschlossen seyn **). Worauf die Notorität der Eigenschaft des Beklagten als Ausländers beruhen soll, ist nicht gesagt. Es lagen bis jetzt keine Rechtsstreite des Beklagten vor, aus denen der Gerichtshof jene Kenntniß der Verhältnisse erlangt haben könnte. Wenn einzelne Gerichtsmitglieder aus Privatconversationen oder aus dem Theaterbesuch Notizen über die fragliche Eigenschaft des Beklagten erlangt haben sollten, so begründet dieses keine Gerichtskundigkeit.

Kirn.

*) Ein stillschweigendes Zugeständniß der vom Beklagten nicht beantworteten Thatsachen, auf welche das Arrestgesuch gebaut wurde, wird allerdings nicht angenommen werden können; wohl aber dürfte der Umstand, daß der Beklagte bei der Justifikationstagfahrt gegen den verhängten Arrest nicht nur keine Einsprache machte, sondern denselben „in der gewöhnlichen Art antreten zu wollen" freiwillig erklärte, eine richterliche Vermuthung (L.R.S. 1353) für die Richtigkeit der angegebenen Arrestgründe, d. h. der dem Arrestgesuch zu Grund gelegten Thatsachen abgeben, und eben darum nach dem §. 395 der Pr. Ordn. auch als Bescheinigung gelten.

Diese Bescheinigung war zwar bei der anfänglichen Verhängung des Arrests noch nicht vorhanden, könnte also diese nicht rechtfertigen; aber die Appellation war nicht mehr gegen die anfängliche Verhängung des Arrests, sondern nur gegen das Erkenntniß über den Fortbestand desselben gerichtet, und das letztere mochte in der erwähnten Vermuthung ihre Rechtfertigung finden.

Zur anfänglichen Verhängung des Arrestes war aber nach §. 687, da sich der Kläger zur Leistung einer vom Richter zu bestimmenden Sicherheit erboten hatte, noch keine zureichende Bescheinigung erforderlich.

D. R.

**) Der L.R.S. 2060 und 2060a spricht im Allgemeinen nur von den Fällen, da der Verhaft als Vollstreckungsmittel Statt habe, und nur die Bestimmung Nr. 11, wo von den Ausländern die Rede ist, bezieht sich auch auf den Verhaft wegen noch unentschiedener Ansprüche als Sicherungsmittel.

In dieser Beziehung ist aber diese allgemeine Bestimmung des L.R.S. 2060a Nr. 11 durch die Pr. Ordn. allerdings modificirt, indem der §. 676 Nr. 5 und 6 ausdrücklich die Fälle vorschreibt, in welchen der Verhaft gegen Ausländer erkannt werden kann, ohne daß die Voraussetzungen, welche zu einem Arreste gegen Inländer erfordert werden, vorhanden sind.

Weitere Verschiedenheiten, als die sich auf den §. 676 Nr 5 und 6 der Pr. Ordn. gründen, dürfen also zwischen Inländern und Ausländern in Bezug auf den Sicherungsarrest nicht mehr gemacht werden.

D. R.

III.

Rechtsfall über die Verjährung der Verzugszinsen nach Landrechtsatz 2277.

Auch das hiesige Hofgericht erster Senat hat sich nunmehr für die Verjährung der Verzugszinsen nach fünf Jahren in einem Rechtsstreit der Gemeinde Weingarten gegen die Gemeinde Spöck entschieden, und seiner Entscheidung nachstehende Gründe unterlegt.

Daß Verzugszinsen des L.R.S. 1153 der fünfjährigen Verjährung des L.R.S. 2277 unterworfen werden müssen, wird sich mit Grund nicht bezweifeln lassen. Allerdings werden zwar im L.R.S. 1153 dem Gläubiger der Geldschuld die Verzugszinsen zur Entschädigung angewiesen, allein der L.R.S. 1153 sagt selbst, daß die Entschädigung allemal in der Vrruetheilung zu den gesetzlichen Zinsen bestehe, und so wird den Verzugszinsen keineswegs die Natur und das Rechtsverhältniß der Entschädigung als einer selbstständigen Forderung angezogen, sondern diese Entschädigungsforderung des Gläubigers für die verzögerte Zahlung einer Geldschuld wird vom Gesetz in die Verurtheilung zu gesetzlichen Zinsen gestellt, und also der Entschädigung vom Gesetz selbst die Natur und das Rechtsverhältniß der Zinsen nach allen ihren gesetzlichen Vorschriften angewiesrn und als Norm ihrer Beurtheilung vorgeschrieben, so daß daher alle Vorschriften des Gesetzes über Zinsen, als solche, auch den Verzugszinsen

Digitized by Google

gelten. Wenn z. B. der Schuldner einer Verzugszinsen tragenden Geldforderung einen Theil derselben ohne weitere Bestimmung der Aufrechnung der gemachten Zahlung abträgt, so wird Niemand Anstand nehmen, nach L.R.S. 1254 diese Zahlung zuerst auf die verfallenen Verzugszinsen zu rechnen, und wenn sonach der L.R.S. 1254 auf die Verzugszinsen anwendbar ist, so kann nicht eingesehen werden, warum nicht auch der L.R.S. 2277 anwendbar seyn soll, denn, wie gesagt, die Verzugszinsen des L.R.S. 1154 haben nicht die Natur einer selbstständigen Entschädigungsforderung, sondern durch die nach L.R.S. 1136, 1146 schon bestehende Entschädigungsforderung des Gläubigers einer Geldschuld ist die Natur und das Rechtsverhältniß von Verzugszinsen angezogen worden. Ueberdies hat auch unser Landrecht den französischen Text im Art. 2277 — les interets des sommes pretées — mit dem allgemeinen Worte Kapitalzinse übersetzt, und damit die nach französischem Recht unter interets des sommes pretées verstandenen Zinsen eines Darlehens, auf alle Zinsen eines Kapitals, d. h. einer Geldschuld, ausgedehnt. Da nun aber nach L.R.S. 1153 die Verzugszinsen nur bei Geldschulden entstehen, so sind sie Kapitalzinsen, und der L.R.S. 2277 ist also darauf wörtlich anwendbar.

Wenn man aber auch von der Unterstellung der Verzugszinsen unter die Kapitalzinsen des L.R.S. 2277 absehen will, so werden die Verzugszinsen ganz gleich den andern Zinsen zu 5 per Hundert überall per Jahr berechnet, sind also per Jahr verfallen, folgeweise auch zahlbar, und es wird nicht bezweifelt werden können, daß der Gläubiger einer unzweifelhaft Verzugszinsen tragenden Geldschuld den Schuldner jährlich auf die verfallenen Verzugszinsen einklagen und exequiren lassen kann. Wer eine Geldforderung von 1000 fl. und zwei Jahre Verzugszinsen daraus zu verlangen hat, wird nicht die Geldschuld von 1000 fl. und die Verzugszinsen von 100 fl., als eine für sich bestehende Entschädigungsforderung einklagen, sondern er wird die 1000 fl. mit zweijährigen Verzugszinsen anfordern, und erkennt damit die jahresweise Berechnung der Verzugszinsen, folgeweise auch ihre Fälligkeit und Zahlbarkeit per Jahr an, was auch gerade hier damit geschehen ist, daß die Verzugszinsen nicht als eine selbstständige Entschädigungsforderung in ihrer ganzen Summe verlangt, sondern nach ihren Jahresbeträgen vom Jahr 1811 an berechnet und angefordert wurden. Daß die Verzugszinsen je in einem vollen Jahresbetrag als eine verfallene, demnach auch als eine je in Jahresbeträgen zahlbare Schuld betrachtet werden, folgt noch insbesondere aus dem S. 1151, wo erst der Zinsrückstand eines ganzen Jahrs wieder durch gerichtliche Einklagung zinstragend gemacht werden kann. Dieser S. 1154 folgt unmittelbar auf den von Verzugszinsen sprechenden S. 1153, geht also auch auf Verzugszinsen, und erkennt sonach in der Zulassung der Einklagung eines Jahresbetrags der Verzugszinsen ihre Liegenschaft als eine jährlich verfallende und zahlbare Schuld ausdrücklich an. Zwar heißt es im L.R.S. 1154, daß der Zinsrückstand, der höher als ein Jahresbetrag seie, zinstragend werden könne, allein es ist dieses eine fehlerhafte Uebersetzung des französischen Textes, wo es nur heißt — interets dus au moins pour une année entière — und wo also nur von einem vollen Jahresbetrag gesprochen wird, was übrigens auch der Gerichtsgebrauch bei uns ganz unzweifelhaft angenommen hat.

Es müßte überdies als eine Sonderbarkeit des Gesetzes angesehen werden, wenn es bedungene und eigentlich gesetzliche Zinsen in fünf Jahren verjähren ließe, und Verzugszinsen, welche ohne den Vertragswillen des Schuldners laufen, und welche daher gegen bewilligte Zinsen nicht besser gestellt werden können, erst in dreißig Jahren verjähren, und somit nach dem jetzigen Recht das Kapital um die Hälfte in seinem Betrag übersteigen sollten, was nach dem alten Recht gar nicht geschehen konnte. Das Landrecht wollte die Zinsen nicht besser als unter dem alten Recht stellen, im Gegentheil gibt es seine Mißgunst gegen Zinsen überall deutlich zu erkennen. Die fünfjährige Verjährung der Zinsen im S. 2277 ist zum Besten des Schuldners, damit er nicht von den Zinsen erdrückt werde, eingeführt. In Beziehung auf den Schuldner sind aber Verzugszinsen, als nicht Gegenstand seines Vertragswillens gewesen, noch härter als bedungene, und sonach der L.R.S. 2277 nach Geist und Absicht des Gesetzes für ihn noch um so anwendbarer.

Die bewährtesten Schriftsteller des französischen Rechts z. B. Merlin rep. interet. §. 7 Nr. VIII. Pailliet ad art. 2277 nehmen auch diese Anwendbarkeit des S. 2277 auf Verzugszinsen an, und der Cassationshof in Paris hat darnach den 12. März 1833 — Laukhards Rechtsfälle I. Heft §. 149 — so wie auch unser Oberhofgericht — Jahrbücher 1833 II. Heft. S. 72 — erkannt.

Bei der guten Begründung der fünfjährigen Verjährung, wie sie hier nachgewiesen ist, mußte daher das unterrichterliche ebenfalls davon ausgehende Erkenntniß bestätigt, und Appellantin auch in die Kosten dieser Instanz verfällt werden.

Sander.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 8. Karlsruhe den 20. Februar 1836.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Ist bei Theilung der Schulden und Lasten der mediatisirten Länder zwischen den Souveränen und Standesherren die baierische Declaration von 1807 unbedingt zum Grund zu legen?

Fürst zu Salm gegen den großh. Fiskus.

In einer am 19. Dezember 1833 bei dem unterrheinischen Hofgerichte von dem Herrn Fürsten Constantin zu Salm Krautheim-Reifferscheid eingereichten Klage war der Antrag gestellt, zu erkennen:

„daß die von der großherzoglichen Hofcommission im Jahr 1807 geschehene Vertheilung der s. g. fürstlich Bentheimischen Vergleichsschuldforderung ad 128,000 fl. für ungesetzlich zu erklären, und daß diese Schuld vielmehr in der Art zur Vertheilung zu bringen sei, daß sämmtliche Schatzungs- und Hoheitsgefälle (wie solche in dem im Jahr 1808 aufgenommenen und durch den Staatsvertrag vom 11. Juni 1816 ausdrücklich bestätigten Conferenzprotokolle im Betrage zu 19,771 fl. ausgemittelt wurden) dem Maßstab der reinen Kammeralrevenüen beizuschlagen und daß jedem Theile nach Verhältniß der zugeschiedenen Gesammtrevenüen das betreffende Ratum an dieser Schuld zuzuscheiden sei, daß mithin (vorausgesetzt, daß sich der Maßstab der reinen Kammeralrevenüen auf 12,194 fl. feststellen wird, widrigenfalls in diesem Punkte die verhältnißmäßige Aenderung einzutreten hätte) der beklagte großherzogliche Fiskus auf seinen Antheil 87,724 fl. zu übernehmen und solche dem klagenden Theil sammt Zinsen zu 4 pCt. vom 1. Jänner 1807 bis zur wirklichen Zahlung baar zu ersetzen schuldig und gehalten sei, daß endlich, im Falle die Zahlung nicht alsbald erfolgen sollte, die sämmtlichen auf das großherzogliche Aerar in Folge der Mediatisirung übergegangenen Unterpfandsobjecte in gerichtlichen Beschlag zu nehmen, und der klagende Theil so lange in deren Bezug zu immittiren sei, bis er mit Kapital, Zinsen und Kosten vollständig befriedigt seyn würde — alles dies unter Verfällung des beklagten Theils in sämmtliche Kosten."

Der großherzogliche Fiskus bestritt diese Forderung, welche er schon außergerichtlich zurückgewiesen hatte, in allen ihren Beziehungen.

Die Rechtsfragen, welche in der schriftlichen und mündlichen Verhandlung ventilirt wurden, sind mit ihren factischen Grundlagen in den unten folgenden Entscheidungsgründen des Gerichtshofes so ausführlich behandelt, daß jeder weitere Actenauszug hier füglich umgangen werden kann, ohne die Vollständigkeit der Darstellung im Wesentlichen zu beeinträchtigen.

Am 14. Juli 1835 erfolgte nach geheimer Berathung das nachstehende, mit Stimmeneinhelligkeit gefaßte Urtheil:

„daß der Herr Kläger mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten lediglich abzuweisen sei."

Entscheidungsgründe:

Der Herr Kläger verlangt

I. in seiner Eigenschaft als Besitzer der Standesherrschaft und Haupt der standesherrlichen Familie, daß die sogenannte Bentheim-Tekleburgische Vergleichsforderung ad 128,000 fl. zwischen ihm und dem großherzoglichen Fiskus nach Verhältniß der auf beide Theile bei der Mediatisation im Jahr 1807 gefallenen Gesammtrevenüen mit Hinzuschlagung der Schatzungs- und Hoheitsgefälle, zur Vertheilung gebracht, sowit Beklagter für verbunden erklärt werde, den ihn hiernach betreffenden Betrag zu übernehmen.

Die Legitimation des Herrn Klägers zu Anstellung dieser Klage ergibt sich aus dem dritten Constitutionsedict vom 22. Juli 1807, die Standesherrlichkeitsverfassung im Großherzogthum betreffend, und dem auf die baierische Declaration von 1807 verweisenden §. 14 der Bundesacte, welche die über die Theilung der Schulden und Lasten der mediatisirten Länder zwischen den Souveränen und Standesherren maßgebenden Grundsätze enthalten.

Digitized by Google

Das dritte Constitutionsedict muß jedoch als Landesgesetz hier vorzugsweise zur Anwendung kommen, weil

1) der §. 14 der Bundesacte mehr nicht sagt, als daß bei Feststellung des Rechtszustandes der Standesherren die baierische Declaration als Basis und Norm unterlegt werden soll, hiedurch aber weitere, die einzelnen Verhältnisse genauer fixirende, Bestimmungen durch Partikulargesetze nicht ausgeschlossen sind.

2) Der §. 54 des dritten Constitutionsedicts nicht geradezu in Widerspruch mit der baierischen Declaration steht, vielmehr nur erläuternd beifügt, daß bei der von letzterer vorgeschriebenen Herstellung des Schuldenstandes, Landes- und Kammeralschulden wohl zu unterscheiden seien, weil sich jedenfalls

3) die Frage: ob das Constitutionsedict neben der baierischen Deklaration bestehen könne, und in ersterem eine den Standesherrn nachtheilige legislative Erklärung der ihnen durch die Bundesakte zugesicherten Rechte liege? nicht zum Austrag vor die Landesgerichte, vielmehr nach §. 63 der Wiener Schlußacte lediglich zu einer Beschwerdeführung an die Bundesversammlung eignet, weil endlich und hauptsächlich

4) die landesherrliche Verordnung vom 6. Oktober 1825 die Feststellung der staatsrechtlichen Verhältnisse des fürstlichen Hauses Salm Krautheim betreffend, im §. 58 besagt:

> „Da die fürstliche Standesherrschaft behauptet, daß bei der, bei ihrer Mediatisirung vorgenommenen Schuldenabtheilung die dießfalls in dem dritten Constitutionsedicte vorgezeichneten und bei andern Standesherrschaften in Anwendung gekommenen Grundsätze nicht beachtet worden seien, so verordnen Wir hiemit ungesäumte nähere Untersuchung dieser Beschwerde und versichern der Standesherrschaft, in so fern sie gegründet erfunden wird, gerechte Abhülfe derselben";

sonach der fürstlichen Standesherrschaft nur die Untersuchung der auf das dritte Constitutionsedict gegründeten Beschwerde zugesagt, und nur zur Erfüllung dieser Zusicherung der Rechtsweg geöffnet worden ist.

Das hiernach im vorliegenden Rechtsstreite zu Grund zu legende dritte Constitutionsedict besagt in §. 54:

> „Bei der Schuldenabtheilung sind die Landes-, Kammer- und Privatschulden der Standesherren wohl zu unterscheiden. Die Landesschulden müssen, so weit die Activa und die ordentlichen Einkünfte der einschlagenden Landeskassen nicht zureichen, durch außerordentliche Contributionen getilgt werden. Die Kammerschulden sind nach Abzug der Activen der Kammerkassen nach dem Verhältniß jener reinen Kammereinkünfte zu theilen, die Uns zufallen und den Standesherren bleiben. Die Privatschulden fallen ihnen allein zur Zahlung heim."

Nach dieser Bestimmung sollen Landesschulden ausschließlich dem Souverän zur Last fallen, Kammerschulden aber zwischen beiden getheilt werden, weßhalb es jeweils auf eine genaue Ausscheidung der Schulden nach ihrer Qualität ankommt.

Es fragt sich daher: Ob die Bentheim-Teklenburgische Vergleichsforderung sich als eine, wie der Herr Kläger sie bezeichnet, gemischte Landesschuld, theilweise zur Berichtigung aus den Steuern der Entschädigungslande eignet.

Zu diesem Zweck beruft sich derselbe theils darauf, daß zu deren Sicherheit alle dem Salm-Reifferscheidschen Hause zugewiesenen Entschädigungslande verpfändet, und dieser Vertrag vom Reichskammergericht bestätigt worden sei, theils auf die Bestimmungen der §§. 38 und 46 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803.

Mag aber auch diese Verpfändung wegen der angeblich hinzugetretenen reichsgerichtlichen Bestätigung als gültig angesehen werden, so folgt daraus doch nicht, daß deßhalb zu deren theilweisen Tilgung sofort auf die Steuer jener Länder gegriffen werden kann.

Die Natur des Unterpfands, als eines Accessoriums, kann nämlich über die Qualität der Schuld, als das Principale, nicht entscheiden.

Schuldner bleibt immer Derjenige, welcher eine bestimmte Zahlung zu leisten verpflichtet ist, also beziehungsweise die Landes-, beziehungsweise die Kammerkasse; der Besitz des, lediglich die Sicherheit des Gläubigers bezweckenden Unterpfands, kann mehr nicht, als eine subsidiäre Haftungsverbindlichkeit im Gefolge haben, macht aber diesen Besitzer nicht selbst zum Hauptschuldner.

Eben so wenig kann sich der Kläger zur Begründung seiner Klage auf die §§. 38 und 46 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 berufen. Letzterer spricht nicht für und ersterer gegen ihn.

Das vormals gräfliche Haus Bentheim-Teklenburg, war nämlich mit dem altgräflichen Salm-Reifferscheid-Beldburgschen Hause wegen der jenseits des Rheins gelegenen Herrschaft Beldburg und einiger andern, zum Nachlaß der Gräfin Walpurgis von Nuenar gehörigen Güter, in einen langjährigen Successionsstreit verwickelt, zu dessen Beendigung letzteres sich bald nach den durch den Reichsdeputationshauptschluß herbeigeführten Veränderungen anheischig machte, vergleichsweise die Summe von 128,000 fl. an ersteres zu bezahlen.

Die Frage nun, ob diese Summe ausschließlich aus den Kammereinkünften, oder theilweise auch aus den Steuern der Entschädigungslande abgetragen werden mußte, kann aus §. 46 des Reichsdeputationshauptschlusses nicht gelöst werden, der mehr nicht besagt, als daß ein vor den Reichsgliedern innerhalb eines Jahrs abgeschlossener Vergleich eben

Digitized by Google

so volle Kraft haben und vollzogen werden soll, als wenn er jener Urkunde wörtlich einverleibt wäre.

Diese Frage muß vielmehr aus der Bestimmung des Art. 38 jenes Staatsvertrags beantwortet werden, besagend:

„Die für ihre Besitzungen jenseits des Rheins entschädigten Reichsstände haben ihre sowohl blos persönlichen als die von erwähnten Besitzungen herrührenden Schulden auf ihre zur Entschädigung erhaltenen Domänen und Renten zu übernehmen und von denselben zu tilgen u. s. w."

Hieraus ergibt sich, daß alle Schulden der abgetretenen Länder, in so weit sie nicht in Folge des Lüneviller Friedens Art. 8. von Frankreich getragen werden mußten, nicht aus den Steuer-, sondern aus den Kammerkassen bezahlt werden sollten, wobei erstere freilich mittelbar durch die dadurch herbeigeführte frühere Erschöpfung der letztern getroffen werden.

Der von den Ministern der vermittelnden Mächte übergebene französische Text enthält zwar statt „Domänen und Renten" die Worte terres et propriétés — welche allerdings einen verschiedenen Sinn darzubieten scheinen. Es verdient jedoch hier der deutsche Text und die darauf gestützte Auslegung unzweifelhaft den Vorzug, weil

1) an sich beide Texte gleichen Werth haben, indem nach dem Beschluß der Reichsdeputation vom 14. Dezember 1802 nicht der eine oder andere ausschließlich als Original anzusehen ist;

2) aus den Erklärungen mehrerer Deputationsmitglieder über die zur Sprache gekommene Verschiedenheit beider Texte hervorgeht, daß es die Ansicht der Deputation war, die Schulden der jenseits des Rheins gelegenen Länder, so weit sie nicht von Frankreich übernommen wurden, lediglich auf die Kammerrevenüen der Entschädigungsländer, ohne Beschwerniß der neuen Unterthanen, zu überweisen; endlich

3) selbst die Minister der vermittelnden Mächte, auf die ihnen hierüber zugegangene Bemerkung, ausdrücklich erklärten: daß die Worte des französischen Textes von ihren Gouvernements in demselben Sinne, wie von der Reichsdeputation verstanden werden. — Protokolle der außerordentlichen Reichsdeputation Bd. I. S. 262, 304, Beilage Bd. II. S. 135. — Gaspari, der Deputationsrezeß, Bd. I. S. 199 — 201.

Nun stellt sich zwar die Bentheim'sche Vergleichsforderung nicht gerade als eine Schuld dar, welche auf den jenseits des Rheins gelegenen Salm'schen Besitzungen bereits gehaftet hat, indem sie ihre Existenz erst durch den Vergleichsabschluß erhielt. Da die libellirte Summe jedoch zu Tilgung eines Anspruchs, welcher auf den Besitz jener Länder gerichtlich geltend gemacht worden war, vergleichsweise hingegeben wurde, so ist sie allerdings eine von jenen Besitzungen herrührende Schuld und fällt somit unter die Bestimmung des Art. 38, wornach sie nicht der Steuerkasse, sondern ausschließlich der Kammerkasse zur Last gelegt werden muß.

Hiezu kömmt, daß, wie nicht widersprochen, auch überdieß als notorisch anzusehen ist, die Herrschaft Beldburg nicht zu den reichsunmittelbaren Besitzungen des Hauses Salm gehörte, vielmehr unter der Landeshoheit von Chur-Cölln stand, daher der auf dieselbe formirte Anspruch und folgeweise auch der deßfalls abgeschlossene Vergleich, nicht Landeshoheitsrechte, sondern lediglich ein grundherrliches Besitzthum und Kammeralgefälle zum Gegenstand hatte.

Hieraus ergibt sich die Unstatthaftigkeit des ersten Klaggrunds, ohne daß es einer Prüfung der vom Beklagten vorgeschützten Einreden des Anerkenntnisses und der Nichtigkeit des Vergleichs bedürfte.

Der Herr Kläger verlangt

II. vermöge Eintritts in die Rechte des Gläubigers, die Zahlung des von großherzoglichem Fiskus zu übernehmenden Betreffaisses sammt Zinsen vom 1. Jänner 1807 und Immission in sämmtliche Unterpfandsobjecte bis zu vollständiger Befriedigung.

Zu diesem Zweck müßte ihm aufgegeben werden, sich zuvörderst nach Vorschrift der §§. 87, 88 der Pr. Ordn. besser als geschehen zur Sache zu legitimiren, wenn die angestellte Klage sich nicht in materieller Hinsicht als unzuläßig darstellte.

Großherzoglicher Fiskus ist nämlich dem Gläubiger, resp. dessen Cessionar, lediglich denjenigen Theil der libellirten Schuld zu bezahlen verbunden, welchen er gegenüber von der Standesherrschaft Salm zu übernehmen gehalten ist; die Pflicht der Schuldenübernahme ist präjudiziell für die Verbindlichkeit der Schuldenzahlung.

Da sich nun aus der Prüfung des ersten Klagfundaments ergeben hat, daß Beklagter die Bentheim'sche Vergleichsforderung zu einem weiteren Theile, als bereits bei der Mediatisation von 1807 geschehen, nicht zu vertreten hat, so erhellt hieraus, daß das Gesuch, den Beklagten zur Zahlung des Betreffaisses, wie solches in der Klage berechnet ist, zu verurtheilen unzuläßig ist.

Eben so erscheinen seine mittelst der actio hypothecaria geltend gemachten Ansprüche als hinfällig.

Das Pfandrecht ist nämlich seiner Natur nach ein accessorisches Recht, und hat lediglich die Deckung der Hauptschuld zum Zwecke. Es ist daher ohne die Existenz einer Schuld nicht gedenkbar, erlischt vielmehr zugleich mit deren Tilgung, eine in sich begründete Wahrheit, die auch L.R.S. 2180 Nr. 1 ausspricht.

Da nun aber der Herr Kläger behauptet, daß der ursprüngliche Gläubiger sowohl als dessen Cessionar, der Banquier v. Hirsch, bereits gänzlich befriedigt worden sind, so erhellt hieraus, daß im Momente der, von dem Herrn Kläger, der nicht mit Andern oder für Andere, sondern für sich selbst zahlte, an

Digitized by Google

Letztern geleisteten Zahlung Schuld und Pfandrecht zugleich erloschen sind, und es daher Jenem nicht zustehen konnte, wirksame Rechte gegen den großherzoglichen Fiskus abzutreten, die er selbst nicht mehr besaß, und die überhaupt zu existiren aufgehört hatten.

Da hiernach sämmtliche Klaggesuche als verwerflich erscheinen, so mußte Kläger, wie geschehen, abgewiesen werden.

Bayer.

II.

Ueber Eideszuschiebung.

(Ein Probestück von unterrichterlichem Verfahren.)

Billigheimer gegen Schanzenbach.

Die Klage war auf Zahlung einer Makelgebühr von 50 fl. gerichtet und dem Beklagten für den Fall, daß er sein Versprechen abläugnen sollte, der Haupteid dahin zugeschoben: daß er den Kläger nicht als Mäkler bei der Verkaufsverhandlung gebraucht und auf mehrmaliges Befragen desselben: „ob er ihm eine Makelgebühr von 50 fl. bezahlen wolle, wenn der Kauf zu Stand komme?" nicht jedesmal erklärt habe: „Sorgt nicht, ich werde Euch gewiß zufrieden stellen."

Das Amt erließ hierauf einen bedingten Zahlungsbefehl unter Mittheilung des Dublicats der Klage an den Beklagten, welch letzterer hierauf erklärte, daß er die Verbindlichkeit durchaus widersprechen und seinem Gegner überlassen müsse, förmliche Klage zu erheben.

Jetzt lud das Amt beide Theile vor, wo der Kläger sich also vernehmen ließ:

„ich bleibe bei meiner Eingabe, wenn Beklagter beschwören kann, daß er mir kein Makelgeld versprochen, und auf meine Anfrage wegen der 50 fl. nicht jedesmal geäußert habe: „„Sorgt nicht, ich werde Euch gewiß zufrieden stellen"" — so bin ich zufrieden."

Beklagter erklärte dagegen:

„das kann ich, und nehme den Eid an."

Beschluß.

1) cit. beide Theile, und zwar Beklagter mit der Auflage, sich zuvörderst von seinem vorgesetzten Pfarramte über die Wichtigkeit des Eides belehren zu lassen und Zeugniß hierüber anher mitzubringen.

2) Schreiben deßwegen an großh. Pfarramt mit dem Ersuchen, den Kläger über die Wichtigkeit des Eides zu belehren, welchen er dahin auszuschwören hat: daß er dem Kläger keine Belohnung versprochen, wenn sein Hausverkauf zu Stand komme, und daß er ihm nicht mehrmalen auf seine, des Klägers Bestimmung, daß es 50 fl. seyn müßten, jedesmal geantwortet: „ich werde dich (den Kläger) gewiß zufrieden stellen."

Da der Beklagte im Schwörungstermin nicht erschien, so ergieng der

Beschluß:

cit. beide Theile und Beklagter unter dem Rechtsnachtheile, daß ansonst angenommen wird, als habe er den ihm zugeschobenen und bereits angenommenen Eid wieder verweigert.

Wie nun der Beklagte auch in der zweiten Tagfahrt ausblieb, so faßte das Amt auf Anrufen des Klägers den

Beschluß:

Wird der vom Beklagten bereits angenommene Eid hiermit für verweigert angenommen, und derselbe unter Verurtheilung in die Kosten für schuldig erkannt, die eingeklagten 50 fl. binnen weitern vierzehn Tagen, bei Vermeidung der Pfändung, zu bezahlen.

Entscheidungsgründe:

Kläger hat durch den dem Beklagten zugeschobenen Eid, welchen Letzterer verweigert, daß ihm Beklagter Belohnung versprochen, und das Maß der Belohnung ad 50 fl. ist dadurch bestimmt, daß der Kläger gleichfalls durch den verweigerten Eid bewiesen, daß er die im Allgemeinen zugesicherte Belohnung auf 50 fl. bestimmt, wogegen der Beklagte nichts eingewendet, wozu er doch verpflichtet gewesen, wenn er die allgemein zugesicherte Belohnung hätte geringer verwilligen wollen; denn wer schweigt, wo es seine Pflicht oder sein Interesse gewesen wäre, zu sprechen, der willigt nach der bekannten Parömie: „qui tacet, consentire videtur" — und nach dem L.R.S. 1108a ein — quod erat demonstrandum!

Bayer.

III.

Oberhofgericht.

Anwendung des §. 657 der Proceßordnung.

In Sachen der Kellerei Schrießheim gegen Merkel und Consorten, Zehntentrichtung betreffend, hat der erste Senat des großh. Oberhofgerichts den Grundsatz angenommen, daß ein Versäumungserkenntniß, welches nur der Partei und nicht auch deren bevollmächtigtem Anwalte behändigt worden, rechtlich wirkungslos sei.

Obgleich über die Richtigkeit dieser Entscheidung bei der klaren Fassung des §. 657 der Pr. Ordn. kein Zweifel entstehen kann, so dürfte doch die Wichtigkeit des ausgesprochenen Präjudizes dessen Veröffentlichung in diesen Blättern rechtfertigen.

O.G.Adv. v. Soiron.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 9. | Karlsruhe den 27. Februar 1836.

I.

Von wann an gilt das Pfandrecht, welches für eine Crediteröffnung bestellt wird?

Laukhard I. S. 340, vergleiche L.R.S. 2114, 2125, 1130, 2132, 2131, 2133, 2147, 2148 Nr. 4.

Die Frage, ob eine Pfandrechtsbestellung für einen erst noch zu benützenden Credit gültig sei, ist an der angeführten Stelle von Laukhards Rechtsfällen vom Cassationshof bejahend entschieden.

Noch nicht entschieden von diesem Gerichte, und streitig unter den Auslegern ist die Frage:

„ob ein solches Pfandrecht vom Tag der Inscription, oder ob es erst vom Tag des benützten Credits an, gegen Dritte wirksam sei."

Die bewährtesten Rechtslehrer, Merlin, Toullier, Troplong, haben sich für die letztere Meinung entschieden, welche mir jedoch durchaus unrichtig scheint, und deßhalb bei der hohen Wichtigkeit der Frage für den Credit, besonders den kaufmänn'schen, zur Bekämpfung dringend auffordert:

1) Zuvörderst ist es ein von mir schon einmal in diesen Blättern *) berichtigter Irrthum, wenn man dem Pfandrecht eine accessorische Natur in der Weise beilegt, daß der dasselbe bestellende Vertrag erst mit der Existenz der Hauptverbindlichkeit, für welche das Unterpfand bestellt wird, perfekt werde.

Das Pfandrecht ist zwar zufolge L.R.S. 2114 allerdings immer das Accessorium einer Schuld, allein der Folgerung, daß dasselbe demnach die rechtliche Natur aller Accessorien schlechthin annehme, und vor der wirklichen Existenz der Hauptsache keine rechtliche Wirksamkeit habe, widerstreiten die deutlichsten Bestimmungen der L.R.Sätze 2132, 2134, 2135, 2147, 2148 Nr. 4, aus welchen auf's überzeugendste hervorgeht, daß der Gesetzgeber für dieses Accessorium diejenigen von der allgemeinen Regel abweichenden Bestimmungen geben wollte, welche die Natur des Pfandrechts und der Zweck dieses im Interesse des Privatcredits gegebenen Instituts unabweislich forderte.

Artikel 2134, vergl. mit 2147, sagt unbedingt, daß

„ein Pfandrecht, es sei gesetzlich, gerichtlich oder bedungen, vom Tag der Inscription an den Rang gegen andere Gläubiger habe."

Keine Ausnahme ist hinsichtlich der für künftige Schulden bestellten und inscribirten Pfandrechte gemacht, und dennoch lassen die Art. 2132 und 2148 Nr. 4 auch nicht den entferntesten Zweifel, daß auch für künftige noch ungewisse, bedingte oder unbedingte Forderungen ein Pfandrecht bestellt und eingetragen werden kann.

Wenn dann das Gesetz gleichzeitig im Art. 2135 hinsichtlich der für künftige Forderungen gegebenen gesetzlichen Pfandrechte bestimmt, daß solche nicht von der Zeit an, wo die Forderungen entstehen, sondern vom Tag der übernommenen Vormundschaft, der geschlossenen Ehe und beziehungsweise der Illation, also von der Zeit an, wo die Inscription, von welcher diese Pfandrechte dispensirt sind, eigentlich geschehen müßte, welche aber jedenfalls der Zeit der Schuldentstehung sehr lange vorhergehen kann.

Wenn das Gesetz dieses in Bezug auf die gesetzlichen, des Eintrags noch bedürfenden Pfandrechte thut, so liegt hierin keineswegs eine Abweichung von der Regel, es ist kein Ausnahmsgesetz zum Vortheil der Mündel und Ehefrauen, sondern es ist lediglich eine Anpassung der Regel des Artikels 2134 und 2132 auf diese privilegirten Hypotheken. So wie nämlich diese beiden Artikel, wenn man sie miteinander in Verbindung setzt, sagen: daß bei durch Vertrag bestellten Hypotheken für künftige Schulden die Wirksamkeit des Vertrags auf den Tag der Inscription zurückgesetzt wird, so sagt Art. 2135, daß das Pfandrecht, welches vom Gesetz den Mündeln und Ehefrauen für ihre künftigen Forderungen ertheilt ist, auf den Tag zurückzusetzen sei, an welchem sie oder ihre Vertreter die Inscription nehmen können, folglich, falls sie deren bedürften, sie auch nehmen würden.

*) Annalen I. 187.

Digitized by Google

Diese Modifikation der accessorischen Natur des Pfandrechts kann denn auch so wenig auffallen, daß vielmehr das Hypothekengesetz mit sich selbst und mit seiner höchsten Aufgabe, den Privatkredit zu befestigen, in den grellsten Widerspruch gerathen würde, wenn es auf entgegengesetzte, der Logik mehr zusagende, Weise bestimmt hätte:

> Ein für kunftige Schulden eingetragenes Pfandrecht sei erst von Entstehung der Schuld an, für welche es gegeben wird, perfekt! —

Damit wäre alle Sicherheitsbestellung für künftige Forderungen abgeschnitten, dieser für die Gläubiger und die Schuldner gleich richtige, sehr beträchtliche Theil des Privatkredits wäre zerstört.

Der Verpächter eines Guts, der sich für künftige Pachtgelder ein Pfandrecht bedingt, der Verkäufer, der Vermiether, der Mandant, überhaupt Jeder, der sich gegen nachtheilige Folgen der Nachläßigkeiten seines Kontrahenten durch Pfandbestellung wegen künftiger Entschädigungsansprüche sichern will, kann dabei nur den gegenwärtigen Güterstand seines Kontrahenten zu Grund legen, und will er mit Sicherheit kontrahiren, so muß ihm die rechtliche Möglichkeit gegeben seyn, jetzt schon ein Recht zu erwerben, welches ihm die rechtliche Unveränderlichkeit jenes Güterstandes, seinem Schuldner sowohl als Dritten gegenüber, gewährleistet.

2) Allein es ist keineswegs eine Anfechtung dieser wohl unbestreitbaren Sätze, auf welche Toullier a. a. O. die Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage bauet, sondern er gründet sie lediglich auf eine aus dem römischen Recht geschöpfte Interpretation des Art. 1179.

Er ist nämlich auch darüber der, wie ich glaube richtigen, Meinung, daß die Bewilligung eines Credits nicht unter den Art. 1174 falle, denn er beschränkt wohl mit Recht die Bestimmung dieses Artikels auf den Fall, wenn der Eintritt der Verbindlichkeit des Schuldners schlechthin von seiner unmittelbaren Willensbestimmung abhängig gemacht ist, und hält sie da nicht für anwendbar, wo der Eintritt der Verbindlichkeit zwar auch von einer Willenshandlung des Schuldners, jedoch nicht unmittelbar, abhängt, z. B.: Ich gebe dir 100 fl., wenn ich nach Paris gehe.

Er ist der Ansicht, daß in allen solchen Fällen immer für den Schuldner eine Verbindlichkeit konstituirt sei, die Handlung, von deren Begehung die Existenz des bedungenen Rechts abhängt, zu unterlassen, oder das Zugesagte zu leisten. Sie ist für ihn zwar immer noch eine Willenshandlung, aber nicht mehr eine willkührliche res meree facultatis.

Daß nun die Bestellung eines Unterpfands für einen künftig erst noch zu benützenden Credit eine solche bedingte Verbindlichkeit für den Schuldner konstituire, wo das Eintreten der Bedingung zwar nicht Sache der freien Willkühr des Schuldners sei, dennoch aber von einer Willenshandlung desselben abhänge, dies nimmt wie gesagt, Toullier *) mit dem Cassationshofe an, aber bei der Auslegung des Art. 1179 unterscheidet er zwischen dieser Gattung von Bedingungen und jenen, deren Existenz nicht vom Willen des Schuldners, sondern von jenem des Gläubigers oder von andern Umständen abhängt, und will die Bestimmung des Art. 1179, wornach eine erfullte Bedingung auf den Anfang des Geschäfts zurückwirkt, nur auf die letztere Gattung von Bedingungen, nicht aber auf die erste anwenden.

Für diese Unterscheidung und die daraus von selbst folgende Beantwortung unserer Frage weiß er denn nichts weiter anzuführen als die L. 9. §. 1. Pand. qui potiores in pignore (20, 4) und folgendes Raisonnement:

> „Wenn (in dem von Laukhard mitgetheilten Falle, welchen Toullier dort auch abhandelt) die Pfandgläubiger, welche zwischen die Inscription des Credits und die wirkliche Benützung desselben in die Mitte traten, einen Vorrang vor dem Creditirenden geltend machen, so hat dieser lediglich nur Rückgriffsrechte gegen den Schuldner, und dies von Rechtswegen. Der Gläubiger hat es sich selbst zuzumessen, warum hat er mit dem Schuldner unter einer Bedingung kontrahirt, deren Erfüllung zu verhindern in dessen Macht stand. Die dritten zwischen eintretenden Gläubiger dagegen haben sich nichts vorzuwerfen, es ist also gerecht, daß sie jenen vorgehen."

Es ist nun zwar richtig, daß die angeführte Stelle des römischen Rechts diese Unterscheidung macht, indem sie den Gläubiger unter Bedingung gegen den, welcher auf dieselbe Sache nachher ein Recht erwirbt, nur unter der Voraussetzung schützt, daß es eine Bedingung war, deren Erfüllung der Schuldner nicht hindern konnte.

Allein eben so richtig ist, daß der Code im Art. 1179 diese Unterscheidung des römischen Rechts nicht recipirte, und daß also schon darin dem Richter eine solche im jetzt geltenden Gesetze nicht gemachte Unterscheidung nicht erlaubt ist.

Auch für Baden ist diese Unterscheidung, ohnerachtet der subsidiären Gültigkeit des römischen Rechts, als den Worten des Code geradezu widerstreitend, unstatthaft, und sie ist solches ganz besonders in ihrer Anwendung auf die Frage, von wann an ein für künftige bedingte Forderungen bestelltes Pfandrecht wirksam sei, weil sie mit dem ganz unzweifelhaften Wortlaute der oben unter Ziffer 1 angeführten entscheidenden Gesetze und mit dem Gesetz und Geist dieses Rechtsinstitus in großem Widerspruch steht, und weil es überall im Rechte unstatthaft ist, daß man besondere gesetz-

*) Tome VI. p. 373.

Digitized by Google

liche Bestimmungen aus allgemeinern Vorschriften auf beschränkende, ja jene in ihrem Zweck und Wesen gewährende Weise interpretire.

Noch weniger ist das oben mitgetheilte Raisonnement Toullers geeignet, dessen Meinung zu begründen.

Wenn kein Gesetz besteht, welches im Allgemeinen zwischen Bedingungen, deren Erfüllung der Schuldner hindern kann und denen, wo das Gegentheil der Fall ist, unterscheidet, und von dieser Unterscheidung die rückwirkende Kraft der Bedingungserfüllung abhängig macht, wenn insbesondere Pfandrechte, ohne Unterscheidung, ob sie für gegenwärtige oder künftige, bedingte oder unbedingte Forderungen gegeben sind, vom Tag der Inscription an wirksam sind, so hat der Gläubiger einer künftigen oder bedingten Forderung alles gethan, was ihm zugemuthet werden kann, wenn er sich für diese Forderung ein Pfandrecht bestellen, und solches ins Pfandbuch eintragen ließ; er hat dadurch ein Recht gegen den Schuldner erworben, hinsichtlich der verpfändeten Güter in so lange keine Veräußerungshandlungen vorzunehmen, als das durch den Vertrag errichtete Rechtsverhältniß nicht wieder aufgelöst wird, der L.R.S. 2125 läßt keinen Zweifel, daß der Schuldner auf die in solcher Art verpfändeten Güter kein anderes Pfandrecht verwilligen kann, als welches den durch jenen Vertrag mit dem frühern Gläubiger entstandenen Beschränkungen unterliegt.

Dieses Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ist durch die Inscription offenkundig gemacht, nur der später eintretende dritte Gläubiger hat sich also eine Nachläßigkeit vorzuwerfen, wenn er, der Inscription ungeachtet, und ohne Verläßigung, daß das Vertragsverhältniß, auf welchem die Inscription beruhte, aufgehört habe, dem Schuldner etwas leiht.

Nur wenn man zuvor die Distinktion der L. 9 §. qui pot. in pignore in den Code herübergetragen hat, sind die von Toullier gemachten Argumentationen richtig, ohne jene Prämisse aber entbehren sie jeder Grundlage, und widersprechen überhaupt, besonders aber in der Anwendung auf unsere Frage, dem Wesen der Sache.

Es scheint mir demnach ausgemacht, daß bei einer Unterpfandsbestellung für einen künftig erst zu benützenden Credit, wenn man die Grundsätze von Vertragsbedingungen, so wie solche im Code aufgestellt sind, darauf anwendet, das Pfandrecht nicht vom Tag der Creditbenützung, sondern schon vom Tag der Inscription an gegen Dritte wirksam wird.

Trefurt.

II.

Etwas über die Ehescheidung aus beharrlicher, und durch polizeiliche Zwangsmaßregeln nicht zu beugender Weigerung des Zusammenlebens der Eheleute.

Wenn es überhaupt eine wünschenswerthe Sache ist, daß für das ganze Land eine Gleichförmigkeit des Rechts besteht, und daß das, was in Freiburg für Recht gilt, auch in Rastadt dafür angesehen wird, so muß man diese Gleichförmigkeit bei den Fragen über Ehescheidung noch um so mehr verlangen, als sie in ihrem Bezug auf die Ehe, als einer Hauptgrundlage des ganzen moralischen und socialen Zustands des Staats, von einer tief eingreifenden Bedeutung für den ganzen Staatsbestand erachtet werden müssen. Für den obigen in neuester Zeit wohl am häufigsten vorkommenden Ehescheidungsgrund, besteht aber nach einer mir mitgetheilten Bemerkung zwischen dem Hofgericht in Rastadt, und jenem in Freiburg ein bedeutender Unterschied des darin eingehaltenen Verfahrens, denn während man hier, nach Erschöpfung der polizeilichen Zwangsmaßregeln, der sogenannten Beugungsgrade, es dem betreibenden Ehetheil sogleich überläßt, nunmehr auf den Grund der beharrlichen Weigerung der ehelichen Pflichten, und der darin liegenden groben Verunglimpfung oder harter Mißhandlung, eine Ehescheidungsklage anzustellen, und daraufhin auch die Ehescheidung alsbald erkennt, so wird in Freiburg dem betreibenden Ehegatten nach Erschöpfung der Beugungsgrade nur überlassen, nach drei Jahren seine Ehrscheidungsklage aus dem obigen Grund anzustellen, und erst nach Ablauf dieser drei Jahre wird die Scheidung erkannt. Was also ein Gerichtsuntergebener des Hofgerichts in Rastadt als Recht alsbald erlangt, wird dem Gerichtsuntergebenen des Hofgerichts in Freiburg als Recht erst in drei Jahren ertheilt.

Man hat nun in neuester Zeit, jedoch ohne Erfolg, es versucht, der Meinung des Hofgerichts in Freiburg dahier Eingang zu verschaffen, und da doch wohl nur in einer Meinung das wahre Recht liegen kann, so soll dessen Auffindung hier versucht werden.

Darüber ist man wohl allseitig einig, daß die im §. 43 lit. g der Eheordn. angeführte Ehescheidungsursache der sogenannten Herzenshärtigkeit nach jetzt bestehenden Gesetzen keinen Ehescheidungsgrund mehr abgeben kann, denn nachdem im L.R.S. 232 a unter den aus der Eheordnung herübergezogenen und ferner noch geltenden Scheidungsursachen die Herzenshärtigkeit nicht angeführt worden ist, so darf man mit der Rechtsbelehrung vom 4. November 1812 §. 5, 6 unbeanstandet schließen, daß man sie als eigenthümliche selbstständige Scheidungsursache nicht einführen wollte, also sie auch als solche nicht aufrecht erhalten hat.

Digitized by Google

Ist dieses richtig, so folgt aber auch daraus, daß alsdann jeder Bezug auf die Ehescheidungsursache des §. 43 g der Eheordnung sowohl hinsichtlich seiner innern Begründung, als auch hinsichtlich seiner äußern Form abgeschnitten ist, und will man die Herzenshärtigkeit, d. h. die Verweigerung der ehelichen Pflichten, unter einem andern Gewand als Scheidungsursache einführen, so muß man dieses auch unter der äußern Form thun, welche dem andern Scheidungsgrund vorgeschrieben ist. Die Rechtsbelehrung vom 4. November 1812 ist es nun wohl zuerst gewesen, welche die beharrliche Weigerung der Fortsetzung der Ehe unter den Begriff einer harten Mißhandlung oder groben Verunglimpfung stellte, und der konstante Gerichtsgebrauch des ganzen Landes ist darauf so entschieden eingegangen, daß man überall nach Erschöpfung der Beugungsgrade gegen den sich weigernden Ehegatten eine Ehescheidungsklage auf den Grund der in der Weigerung desselben zur Fortsetzung der Ehe liegenden Verunglimpfung oder Mißhandlung zuläßt.

Frägt man nun nach den Formen dieses Scheidungsgrundes, so haben wir zweierlei sehr zu unterscheiden. Es ist vorerst festzustellen, auf welche Art und Weise die Weigerung zur Fortsetzung der Ehe zu konstatiren ist, denn diese Weigerung ist ja die thatsächliche Begründung der darin liegenden Verunglimpfung oder Mißhandlung, und hat man dieses gefunden, so ist die Form, die Art und Weise der äußern Darstellung des Scheidungsgrundes der Verunglimpfung oder Mißhandlung zu konstatiren, und nach beiderlei Erfund alsdann die Ehescheidung auszusprechen. In ersterer Beziehung tritt nun der L.R.S. 311 in Verbindung mit dem §. 3 der Eheordnung in das Mittel, wornach die Eheordnung in polizeilicher Hinsicht überhaupt fortgelten, und wornach alle Streitigkeit wegen Wiederauflösung der Ehe Gegenstand polizeilicher Erörterung seyn soll. Es muß also die äußere Erscheinung der fortgesetzten Weigerung der ehelichen Pflichten als die thatsächliche Begründung des Ehescheidungsgrunds der Verunglimpfung oder Mißhandlung nach den polizeilichen Bestimmungen und Anordnungen der Eheordn. beurtheilt und gefunden werden, und hier ergibt sich aus §. 43 g der Eheordnung, daß die Weigerung der ehelichen Pflicht dann vorhanden ist, wenn sie durch zuvor angewandte gütliche Ueberredungsmittel, und polizeiliche Zwangsmaßregeln nicht zu überwinden war. Ist aber alsdann die Weigerung der ehelichen Pflicht vorhanden, so ist auch der Scheidungsgrund der Verunglimpfung oder Mißhandlung thatsächlich dargethan, und nach dessen in den L.R.S. 232, 259, 260 entwickelter Form, muß der Richter alsbald die Ehescheidung aussprechen, oder kann höchstens eine einjährige zeitliche Trennung vorausgehen lassen. Wenn nun das Hofgericht in Freiburg zur Darstellung dieser Ehescheidung nicht nur die Erschöpfung der polizeilichen Zwangsmaßregeln, sondern auch die dreijährige zeitliche Trennung vorausgehen läßt, so verwechselt und vermengt es die thatsächliche Darstellung der Weigerung der ehelichen Pflicht mit der thatsächlichen Darstellung des daraus abgeleiteten Ehescheidungsgrundes, denn nach der Eheordnung war die Weigerung der ehelichen Pflicht für sich vorhanden, wenn zuvor die polizeilichen Zwangsmaßregeln angewendet waren, allein dieses Vorhandenseyn begründete die Scheidungsklage aus Herzenshärtigkeit noch nicht, sondern es mußte dazu noch die Fortdauer dieser vorhandenen Weigerung durch drei Jahre hindurch kommen. Jetzt aber soll das Vorhandenseyn der Weigerung der ehelichen Pflicht für sich die harte Mißhandlung oder grobe Verunglimpfung darstellen, und so wenig nun diese aus Schlägen oder Schimpfreden entstandenen Scheidungsgründe einer dreijährigen vorausgegangenen zeitlichen Trennung bedürfen, eben so wenig bedarf es die aus der vorhandenen Weigerung der ehelichen Pflicht begründete Verunglimpfung. Der Richter hat hier nur so zu argumentiren: der Ehescheidungsgrund der Mißhandlung durch Schläge oder der Verunglimpfung durch Schimpfreden ist in dem Beweis der Schläge oder Schimpfreden vorhanden und dargestellt, die beharrliche Weigerung der Fortsetzung der Ehe ist eine Mißhandlung oder Verunglimpfung, und also diese letztere in der beharrlichen Weigerung dargethan, diese beharrliche Weigerung aber ist in der Erschöpfung der zuvor angewendeten polizeilichen Zwangsmaßregeln enthalten, und sind diese angewendet und erschöpft worden, so ist der Scheidungsgrund der Verunglimpfung oder Mißhandlung dargethan, und es müssen die L.R.Sätze 232 oder 259, 260 angewendet werden. Man kann nicht sagen, die beharrliche Weigerung der ehelichen Pflicht liege in den zuvor angewendeten polizeilichen Zwangsmaßregeln, und in der vorausgegangenen dreijährigen zeitlichen Trennung. Nein, dieses war die thatsächliche Begründung des Ehescheidungsgrundes der Herzenshärtigkeit, er verlangte beides, Weigerung in ihrer Form und Fortdauer dieser Weigerung, jetzt wird aber in der Weigerung, als solcher, die Verunglimpfung oder Mißhandlung gefunden, und wenn diese vorhanden ist, so ist die weitere Anforderung der Fortdauer eine Herüberziehung des ganzen Ehescheidungsgrundes der Herzenshärtigkeit, und diese soll gerade nicht geschehen. Dann müßte es auch dem Richter bei dieser Form der Ehescheidung freistehen, vorerst die gütlichen Ueberredungsmittel, dann die polizeilichen Zwangsmaßregeln, dann die dreijährige Trennung des §. 43 g der Eheordnung, und endlich noch die einjährige Trennung des L.R.S. 259 auszusprechen, und erst nach Erschöpfung alles dessen die Ehescheidung auszusprechen, was aber das Hofgericht in Freiburg selbst nicht annehmen wird.

Digitized by Google

Man sieht zwar deutlich die Absicht des Hofgerichts in Freiburg, nämlich die, den Ehescheidungsgrund der durch beharrliche Weigerung der ehelichen Pflichten begründeten Verunglimpfung oder Mißhandlung zwar zuzulassen, aber möglichst lang sein Ergebniß, die Ehescheidung, hinauszuschieben. Allein dieses taugt nichts, entweder findet der Richter in der Weigerung, als solcher, eine Verunglimpfung, alsdann soll er auch die Folgen dieser Verunglimpfung nach den Vorschriften des Gesetzes alsbald aussprechen und die Scheidung erkennen, oder er findet die Verunglimpfung nicht, alsdann ist eine Ehescheidung nach drei Jahren eben so ungesetzlich als die nach einem Jahr, und das lange Herumziehen der Eheleute ist in Zulassung factischer Trennung bei weitem gefährlicher und schädlicher für die Eheleute, und für das ganze Wesen der Ehe selbst, als wenn man bei nicht zu überwindender Weigerung der ehelichen Pflichten von Seiten eines Ehegatten, die Ehe alsbald trennt, und dem immer bestehenden öffentlichen Scandal, einer zeitlichen Trennung in seinem sittengefährlichen, und den schuldlosen Ehegatten in das Verderben bringenden, Bestand ein schnelles Ende macht. Allerdings kann eine Weigerung ehelicher Pflichten das Erzeugniß vorübergehender Aufwallung und Gereiztheit unter den Eheleuten seyn, allein eben dafür ist dem dieses erforschenden Richter das Recht des L.R.S. 239 ertheilt, eine einjährige zeitliche Trennung vorausgehen zu lassen. Macht er davon vorsichtigen Gebrauch, so wird er immer die nur in der Hitze der Leidenschaft entstandene Weigerung der Fortsetzung der Ehe, durch diesen Zeitraum und die darin erlangte Ruhe und kältere Ueberlegung sicher bekämpfen und besiegen. Dauert aber die Weigerung auch nach Jahresfrist noch fort, und war schon ohnedies vorher die zur Anwendung der gütlichen Ueberredungs- und polizeilichen Zwangsmittel, so wie zu dem richterlichen Verfahren erforderliche Zeit umflossen, was auch ein Jahr betragen wird, so ist mit Sicherheit anzunehmen, daß eine Wiedervereinigung der Eheleute nicht zu erwarten steht, und in dreijähriger Trennung und dadurch bedingte Angewöhnung des Zustands der Trennung, noch weniger erfolgen wird. Ich bin überzeugt, daß dem Hofgericht in Freiburg nach ausgesprochener dreijähriger Trennung noch nie der Fall vorgekommen ist, daß sich die Eheleute im zweiten oder dritten Jahr vereinigt haben, und bei Nutzlosigkeit dieser Trennung für sich, und bei der Gefährlichkeit derselben für die Eheleute selbst, und für alle deren Mitbürger ist sie selbst nicht empfehlenswerth, alsdann aber auch nicht zu erkennen, denn, wie gezeigt, im Gesetz liegt sie nicht.

Es ist zwar in neuester Zeit von Herrn Oberhofgerichtsrath Esser im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden IV. Band I. Heft Abh. V die Meinung aufgestellt worden, daß die polizeilichen Zwangsmaßregeln mit unsern bestehenden Gesetzen unverträglich seien, und daß eine nur auf Weigerung der ehelichen Pflicht begründete Scheidungsklage verwerflich, und nur dann zulässig sei, wenn aus jener Weigerung solche Folgen entstanden sind, welche die Verunglimpfung oder Mißhandlung rechtfertigten. Allein, den polizeilichen Zwangsmaßregeln überhaupt läßt sich nicht der Stab brechen, denn so lange die Eheordnung nach L.R.S. 311 a in polizeilicher Hinsicht fortbesteht, bestehen auch gesetzlich ihre polizeilichen Zwangsmaßregeln fort, und wenn man auch behaupten könnte, daß aus der Anwendung und Erschöpfung der Zwangsmaßregeln keine Ehescheidungsursache abgeleitet werden könne, so kann man doch nicht behaupten, daß nach unserer Gesetzgebung dem Eherichter bei Nichterfüllung der ehelichen Pflichten von Seiten eines Ehegatten die Hände gebunden wären, und er kein Recht hätte, auf Andringen des andern Ehetheils den schuldigen Ehegatten mittelst Gefängnisses zur Erfüllung seiner Ehepflichten anzuhalten. Da die Weigerung für sich kein Scheidungsgrund ist, so könnte ja jeder Ehegatte dem andern beliebig entlaufen, und dieser, so wie der Richter, müßte eben ruhig zusehen. Alsdann wäre jede factische Trennung erlaubt, und was man seither über Zulassung zeitlicher Trennung aus irgend einem Grund vor den Gerichten verhandelt hat, wäre um so überflüssiger gewesen, als ja die Eheleute, wenn sie den zwingenden Arm des Richters nicht zu fürchten haben, auch dessen Erlaubniß nicht gebrauchen. So ist es aber nach unserer Gesetzgebung nicht, dem Richter ist die polizeiliche Einschreitung bei factisch aufgelöster Ehe gestattet, und wäre es nicht so, so müßte man zur Sicherung des so wichtigen Instituts der Ehe dringend wünschen, daß solche polizeiliche Einschreitung im wohlverstandenen Interesse des auf den Bestand der Ehe mit begründeten Staat eingeführt würde. Wenn weiters dorten gesagt wird, die Ehescheidungsklage seie dann zulässig, wenn aus der Weigerung der Fortsetzung der Ehe solche Folgen entstanden seien, welche in sich die Annahme der Mißhandlung oder Verunglimpfung enthielten, so wissen wir dieses schon lange, denn alsdann wird nicht aus der Weigerung, sondern aus der daraus erzeugten Thatsache einer Mißhandlung oder Verunglimpfung geschieden, und dieser thatsächliche Ehescheidungsgrund ist alsdann eben so selbstständig, als die aus überhaupt vorausgegangenen Uneinigkeiten entstandene thätliche Mißhandlung eines Ehegatten. Alsdann ist auch für diese Mißhandlung die Uneinigkeit der Ehegatten das fundamentum remotum der Scheidungsklage, und doch sagt man nicht, daß die Uneinigkeit der Eheleute ein Scheidungsgrund seie. Es fragt sich nicht darum, ob die aus der Weigerung der Fortsetzung der Ehe erst entstehenden thatsächlichen Ereignisse eine Mißhandlung oder eine Verunglimpfung in sich enthalten, sondern es frägt sich darum, ob die Weigerung, als

Digitized by Google

eine selbstständige Thatsache, in sich eine Verunglimpfung oder Mißhandlung des andern Ehegatten ist, und da nirgends ein Gesetz besteht, welches dem Richter nach allen möglichen und gedenkbaren Richtungen den Begriff, und die Erfordernisse der Mißhandlung oder Verunglimpfung vorschreibt, so liegt dieser Begriff in seinem richterlichen Ermessen, und so gut er nun annehmen kann, dieser oder jener Schlag begründet die harte Mißhandlung, oder diese oder jene Schimpfrede stellt die grobe Verunglimpfung dar, so kann er auch annehmen, die mit gewissen Vorkommenheiten verknüpfte Weigerung der ehelichen Pflichten begründet als solche, und nach den Verhältnissen der Eheleute eine grobe Verunglimpfung oder harte Mißhandlung, und er darf alsdann, auf diese gesetzlichen Scheidungsgründe hin, auch die Ehescheidung selbst aussprechen. Hierin konnte und wollte ihn der Gesetzgeber nicht hindern, da aber die Weigerung der Fortsetzung der Ehe, als thatsächliche Erscheinung, etwas äußerlich Erkennbares ist, so konnte der Gesetzgeber dieser Erscheinung gewisse Formen vorschreiben, unter welchen allein der Richter darauf Rücksicht nehmen, und welche er allein seinem richterlichen Ermessen in ihren Folgen auf Mißhandlung oder Verunglimpfung als Grundlage unterstellen kann. Die Verunglimpfung aus Schimpfreden, oder die Mißhandlung aus Schlägen, ist nun ein Ereigniß des Augenblicks, welches der Gesetzgeber in seiner Entstehung nicht verhindern oder regeln kann, sonst müßte er jedem Ehegatten einen Gendarmen beigeben, der ihm den aufgehobenen Arm anhält, oder den scheltenden Mund verschließt, die Weigerung der Fortsetzung der Ehe ist aber etwas Anhaltendes, in der Zeit Fortdauerndes, und da konnte der Gesetzgeber sehr wohl die Regeln der Erscheinung derselben, wie auch im §. 43 geschehen ist, dahin feststellen, daß sie erst dann als vorhanden und thatsächlich begründet vom Richter anzunehmen ist, wenn er sie vorher mit gütlichen Ueberredungsmitteln und polizeilichen Zwangsmaßregeln bekämpft, aber nicht überwunden hat. Nur eine solche Weigerung hat also der Eherichter seinem Ermessen ihrer Folgen für das Verhältniß der Eheleute als Verunglimpfung oder Mißhandlung zu unterstellen, und in solcher thatsächlichen Formirung dieser Grundlage des richterlichen Ermessens hat der Gesetzgeber sehr weise, und ganz in erkennbarem Zusammenhang mit seinen sonstigen Grundsätzen gehandelt.

Wenn weiters dorten ein Gewicht darauf gelegt wird, daß die Verordnung vom 4. November 1812 nur enthalte, der Richter könne die Scheidung bei der Weigerung der ehelichen Pflichten aussprechen, so ist dieses bei allen im Ermessen des Richters liegenden Verhältnissen sehr natürlich, weil es sich immer um die Beurtheilung des Richters handelt, ob der sein Ermessen in Anspruch nehmende Fall in dem Grad vorliegt, daß er nun einen richterlichen Ausspruch rechtfertigt, und weil gerade hier der Richter zu ermessen hat, ob die vorliegende Weigerung mit ihren Vorkommenheiten und Folgen auch wirklich eine Verunglimpfung oder Mißhandlung enthält. Er kann dieses finden, er kann es auch nicht finden, und nur wenn er es gefunden hat, muß er die Scheidung aussprechen. Die dorten nicht erklärbar gefundene Beziehung der Verordnung vom 4. November 1812 auf den L.R.S. 1142 ist aber leicht zu erklären, denn indem dieser Satz auf dem bekannten Rechtssatz beruht — nemo præcise ad faciendum cogi potest — führt er gerade bei Richterfüllung der auf ein Thun gestellten Verbindlichkeit die Auflösung derselben, unter der Pflicht zu entschädigen, mit sich. Der Zwang bei Weigerung der ehelichen Pflichten ist nun kein im bürgerlichen Recht begründeter, sondern ein polizeilicher, und eben weil dieser erschöpft ist, sagt die Verordnung vom Jahr 1812 durch Beziehung auf den L.R.S. 1142, daß nun nichts weiters mehr zu unternehmen ist, sondern aus der daraus folgenden Eheauflösung auch die Pflicht zur Entschädigung für den schuldigen Ehegatten erwächst, die doch, zumal bei der vom Oberhofgericht angenommenen Entschädigungsquart des §. 49 der Eheordnung, nicht so ganz undenkbar ist.

Man hat zwar auch dorten es versucht, und es unter Beziehung auf Brauer ad S. 233 bekräftigen wollen, daß für den aus Weigerung der ehelichen Pflichten entspringenden Ehescheidungsgrund des §. 43 g der Eheordnung vom Gesetzgeber, als stellvertretend, die freiwillige Scheidung des L.R.S. 233 eingeführt worden seie, allein eine Zusammenwerfung beider Scheidungsgründe konnte dem Gesetzgeber wohl nicht im Sinne liegen, weil in der freiwilligen Ehescheidung alles auf den Grund der Freiwilligkeit beider Eheleute gebaut ist. Diese Freiwilligkeit schließt eben deßhalb jede Verschuldung des einen Ehegatten gegen den andern bei Auflösung des Ehebands aus. Bei der Ehescheidung wegen Herzenshärtigkeit war aber eine Freiwilligkeit beider Ehegatten zur Auflösung des Ehebands nicht vorhanden, vielmehr verlangte gerade ein Ehetheil die Fortsetzung der Ehe und nur durch die beharrliche Weigerung des andern Theils, also aus dessen Verschuldung sieht er sich dazu gezwungen, die Auflösung des Ehebands zu fordern. Bei dem bedeutenden Unterschied einer aus freiem Willen, oder vielmehr aus gleicher Verschuldung beider Ehegatten erzielten Ehescheidung, gegen die aus der Verschuldung nur eines Theils entstandene, ist es aber nicht zu vermuthen, daß der Gesetzgeber die erstere für eine der letztern einführen, und damit die große Ungerechtigkeit begehen wollte, einem wirklich schuldlosen Ehegatten eine Verschuldung aufzuzwingen, und ihn damit der billigen Vortheile zu berauben, welche ihm die Verschuldung des andern Ehetheils sonst ertheilt. Das wäre eine gezwungene Freiwilligkeit, und zu ihrer Darstellung hat gewiß der Gesetzgeber nichts beitragen wollen. Viel natürlicher ist dagegen

Digitized by Google

die Betrachtung, daß die Eheordnung den Scheidungsgrund aus grober Verunglimpfung oder harter Mißhandlung nicht kannte, und daher der Gesetzgeber bei Einführung des Code Napoleon auf die Unterstellung kam, daß der frühere Scheidungsgrund der Herzenshärtigkeit a - der beharrlichen und durch nichts zu überwindenden Weigerung der ehelichen Pflichten unter dem neuen Scheidungsgrund der Verunglimpfung oder Mißhandlung nach dem dabei eintretenden billigen Ermessen des Richters enthalten seie. Und wenn man bedenkt, daß ein Schlag in der Hitze der Leidenschaft, eine Schimpfrede in einem Augenblick der Uebereilung, ein Scheidungsgeund ist, so wird man wahrlich eine fortgesetzte beharrliche Weigerung der ehelichen Pflichten in ihren Ursachen und Folgen gewiß auch als eine Mißhandlung oder Verunglimpfung ansehen können, und darauf hin um so mehr die Ehescheidung aussprechen dürfen, als eine unverträgliche, mit fortwährendem Hader, Zank und Streit ausgefullte Ehe, oder eine factisch aufgelöste Ehe in der Trennung beider Eheleute mehr öffentlichen Scandal, und größeren Schaden für die Eheleute und ihre Mitbürger anrichtet, als wenn man nach Erschöpfung polizeilicher Zwangsmaßregeln, und etwa noch nach fruchtlosem Versuch des Probejahrs des L.R.S. 259 die Eheleute wirklich scheidet.

Sander.

III.

Den 22. März 1830.

Maier Weil und Consorten gegen Wolf Weil.

1) Im Jänner 1814 stellte Maier Weil den Anton Stoß für sich zur Landwehr und versprach ihm 550 fl., wovon 300 fl. baar und 250 fl. nach der Rückkunft des Stoß zu zahlen und bis dahin zu verzinsen waren.

Maier Weils Bruder, Wolf Weil, leistete dabei dem Stoß für die ganze Summe Bürgschaft, und später im März 1814 hat ihm der Vater der beiden Erstern, Herz Weil, noch zwei Synagogenstühle für den stehen gebliebenen Kapitalbetrag von 250 fl. zu Unterpfand verschrieben.

Später zahlte Wolf Weil diese 250 fl. an Anton Stoß, und im Jahr 1827 forderte er an die Verlassenschaft des inzwischen verstorbenen Vaters Herz Weil, den Ersatz derselben.

Er wurde aber damit abgewiesen, weil er als Bürge durch die an den Gläubiger Stoß geleistete Zahlung nach S. 1251 Abs. 3 und S. 2028 wohl gegen den Bruder Maier Weil, als gegen den Hauptschuldner in die Rechte des Gläubigers eingetreten sei, aber kein rechtlicher Grund vorliege, ihm einen solchen Rückgriff, beziehungsweise Rechtseintritt, auch gegen den Eigenthümer des Pfandguts, Herz Weil, zuzuerkennen.

Man hält dafür, der Letztere hätte eher, wenn er vom Gläubiger selbst mit der Pfandklage belangt gewesen wäre, gegen den Bürgen, Wolf Weil, als dieser jetzt gegen ihn den Rückgriff nehmen können, da er, Herz Weil, nur für die schon mit der erwähnten Bürgschaft versehene Schuld Unterpfand gestellt, Wolf Weil aber bei seiner Bürgschaftsleistung dieses Unterpfand noch keineswegs vor sich gehabt habe.

2) Wolf Weil forderte an die nämliche Verlassenschaftsmasse auch noch 261 fl. dafür, daß er den Vater während zwei Jahren vor seinem Tode verpflegt habe, ohne daß er das Dasyn eines deßfallsigen Vertragsverhältnisses, der Ausbedingung oder Zusicherung einer Ersatzleistung für die verabreichte Pflege, behauptete.

Ohne nun auf den angetretenen Beweis der widersprochenen Thatsache der Verpflegung einzugehen, hielt man diese Thatsache selbst für rechtlich unerheblich, da aus der Verpflegung allein noch keine Verbindlichkeit des Verpflegten zur Zahlung ihres Werthes oder zur Erstattung des vom Verpflegee darauf verwendeten Aufwandes folge.

Die Verpflegung — hielt man einstimmig dafür — könne aus entgeltlichen oder unentgeltlichen Titeln, und im erstern Falle für eine zu erwartende Gegenleistung oder aber in Vergeltungsweise geschehen.

Derjenige, der aus der Verpflegung des Andern gegen diesen eine Forderung geltend machen wolle, müsse daher beweisen, daß und unter welchem entgeltlichen Titel er denselben verpflegt habe, daß nämlich der Verpflegung ein solcher Titel zu Grunde liege, welcher für ihn eine Ersatzforderung begründe, da der bloße Thatumstand, daß sein geleisteter Aufwand dem Andern zum Vortheil gereichte, d. i. die versio in rem, nur in einzelnen durch ein bestimmtes Gesetz vorgesehenen Fällen, z. B. in jenen der Sätze 548, 577 a k, 1312, 1375, 1381, 1864, 2080, nicht aber allgemein als ein Rechtsgrund gelte, für das Aufgewendete einen Ersatz zu fordern.

3) Ferner forderte Wolf Weil 61 fl. als Ersatz für Krankheitskosten, die er an Aerzte und Apotheker nach des Erblassers Tod für die Masse vorschußweise bezahlt habe.

In factischee Hinsicht fehlte es darüber, daß er diese Zahlungen wirklich leistete, an Beweis, sonst hätte man die Forderung für begründet gehalten, weil jeder Erbe nach S. 870 gemeinschaftlich mit seinen Miterben die Schulden des Erblassers zu zahlen hat, folglich dem S. 1251 Abs. 3 gemäß dadurch, daß er sie allein zahlt, gegen seine Miterben Kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers eintritt.

Bei der Frage: ob die von den Miterben vorgeschützte, auf den S. 2272 gebaute kurze Verjährung, welche den Aerzten und dem Apotheker gegenüber allerdings gegründet gewesen wäre, auch dem Wolf Weil entgegengehalten werden könne? theilten sich die Meinungen.

Digitized by Google

Von der einen Seite wurde bemerkt, daß, wenn Wolf Weil nur in die Rechte der Gläubiger, nämlich der Aerzte und des Apothekers eingetreten sei, er alle diesen seinen Rechtsgebern entgegenstehende Einreden auch gegen sich gelten lassen müsse, wogegen von der andern Seite behauptet wurde, daß Wolf Weil nicht nur aus diesem Rechtseintritt, sondern allgemein, dem S. 1375 gemäß, auf Ersatz seiner Auslagen aus einer Geschäftsführung klage, daß er nämlich für seine Miterben, um von ihnen eine gerichtliche Betreibung von Seiten der Gläubiger abzuwenden, vorschußweise gezahlt, und dadurch ein nützliches Geschäft für sie geführt habe, seine auf den S. 1375 gebaute Ersatzforderung aber nur der allgemeinen dreißigjährigen Verjährung unterliege.

Dagegen wurde erinnert, daß Wolf Weil, wenn er durch frühzeitige Zahlung ohne gerichtliche Aufforderung der Gläubiger die Wohlthat der Verjährung aufhob, dadurch den Miterben kein nützliches Geschäft geführt habe, und daß ohnehin da, wo die Geschäftsführung in einer für Mitschuldner geleisteten Zahlung bestehe, dafür die diesen Fall speziell bestimmende Verfügung des S. 1251 Abs. 3 zur Anwendung kommen müsse, und der Zähler daraus nichts anders als den Eintritt in die Rechte des Gläubigers für sich ableiten könne.

Es erfolgte jedoch hierüber keine Abstimmung, weil man die Forderung schon wegen mangelnden Beweises der wirklich geschehenen Zahlung verwarf. Y.

IV.

Oberhofgericht.

Proceßordnung §. 747. Landrechtssatz 691.

Die Grundherrschaft G. befand sich im Besitz eines Beholzungsrechtes auf den Michenfelder Gemeindswald, und bezog in den letzten Jahren 9 Klafter Holz und 100 Büschel Reisig.

Die Gemeinde verweigerte den ferneren Bezug dieses Betrags, und wollte solchen auf eine einfache Bürgergabe herabsitzen.

Die Grundherrschaft klagte deßhalb auf Schutz in dem durch diese Weigerung gestörten Besitze, und legte neben den allgemeinen Erfordernissen dieser Klage, auch, in Folge des §. 747 der Pr. Ordn., den Titel ihrer Dienstgerechtigkeit vor, bestehend in dem sogenannten Sinsheimer Vertrag von 1640, einem Vergleiche zwischen dem Grundherrn und der Gemeinde, welcher bestimmt ꝛc. ꝛc.:

„Also ist derselbe Punkt der Hölzer, Wald und Einung folgendermaßen verglichen, daß es mit demselbigen allerdings gehalten werden solle, wie vor Alters, benanntlich, daß beide Theile sich derselbigen gebrauchen und daraus beholzen mögen, jedoch mit diesem Unterschied, daß keiner, er sei gleich Vogtsherr oder Gemeindsmann nit Macht haben soll, für sich selbst in den Hölzern zu hauen ꝛc. ꝛc. ohne Vorwissen der jedesmaligen Holzaufseher."

Das Amt und das Hofgericht am Unterrhein wiesen auf gepflogene Verhandlung die Klage ab, und zwar letzteres aus dem Grunde, weil hier nicht die Dienstgerechtigkeit an sich, sondern nur das Maß derselben Gegenstand des Streits sei, und deßhalb der Sinsheimer Vertrag, welcher nur den Titel für das Recht an sich, keineswegs aber eine Maßbestimmung enthalte, nicht genüge.

Das Oberhofgericht erkannte aber abändernd auf Schutz im Besitze, und stützte seine Entscheidung hauptsächlich auf die Annahme in facto, daß der Sinsheimer Vertrag, eben weil er das Recht ohne nähere Maßbeschränkung begründe, als Titel für jedes besessene Maß gelte, und auf die Voraussetzung in jure, daß nach richtiger Auslegung des §. 747 der Pr. Ordn. nur die Vorlage des Titels, in welchem die Dienstgerechtigkeit an sich ihre Begründung findet, erforderlich sei.

Für diese Rechtsauslegung spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes, welcher nicht den Rechtstitel für das Maß, den Modus oder eine andere Qualität des gestörten Besitzes, sondern den Rechtstitel für die Erwerbung der Dienstgerechtigkeit verlangt, und dennoch mußte der Gesetzgeber wissen, daß der Besitz einer solchen Dienstbarkeit nicht allein durch Bestreitung des Rechts, sondern auch durch Verkümmerung in Hinsicht des Maßes und anderer Modalitäten der Rechtsausübung gestört werden kann.

Der Wortlaut ist nicht zweifelhaft, wäre er es aber, so müßte er in solcher Weise beschränkend interpretirt werden, weil beim Besitzprocesse im Allgemeinen die Regel gilt, daß über das Recht selbst kein Streit geführt, kein Beweis geliefert werden soll, Ausnahmen aber immer strikte auszulegen sind.

Diese beschränkende Auslegung harmonirt auch mit dem Grund des §. 747 der Pr. Ordn. und des damit in Verbindung stehenden L.R.S. 691. Weil schon nach dem Civilrechte bei solchen Dienstbarkeiten der Besitz für sich allein ohne Titel nie zur Rechtserwerbung genügt, deßhalb soll nur der im Besitz geschützt werden, welcher zugleich den Rechtserwerb vorlegt, diese Bestimmung hat ihren Grund theils in der gesetzlichen Ungunst gegen solche Berechtigungen, theils in dem Umstande, daß, eben weil Kraft Vorschrift des Gesetzes der Besitzer einer solchen Gerechtigkeit immer mit einem Titel versehen seyn muß, die Auflage, diesen Titel vorzulegen, für ihn keine Belästigung enthält, wie solches bei allen andern durch bloßen Besitz erwerbbaren Rechten unstreitig der Fall wäre.

Diese Gründe schlagen dagegen da nicht an, wo nicht von dem Recht an und für sich, sondern nur von der Art und Weise, und dem Umfang seines Gebrauchs die Sprache ist. Hinsichtlich dieser Bestimmtheiten der Rechtsausübung einer unständigen Dienstbarkeit gibt das Gesetz nirgends die besondere Vorschrift, daß sie nicht durch Besitz und Herkommen entstehen können, sie fallen also unter die in den L.R.Sätzen 710 c a bis 710 e f speziell bestätigte allgemeine Regel des L.R.S. 6 d, wornach das Herkommen „für alle Fälle, wo die Art und Weise in dem Umfang und Gebrauch eines Rechts in Frage steht, über welche Gesetze und Verträge nicht Maß geben, den muthmaßlichen Willen des Gesetzgebers oder der Vertragspersonen ausdrückt."

Trefurt.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe den 5. März 1836.

I.

Die Untheilbarkeit der sogenannten geschlossenen Hofgüter betreffend.

In der Gemeinde Langenschiltach auf dem Schwarzwald befinden sich s. g. geschlossene Hofgüter, hinsichtlich deren das über die Vortheilsgerechtigkeit ergangene Gesetz vom 23. März 1808, Regierungsblatt Nr. XI., Anwendung findet, und die von jeher nur mit besonderer Genehmigung der Oberpolizeibehörden zu einer Theilung gekommen sind.

Erst in neuerer Zeit entstand nun Streit, ob eine solche Genehmigung auch da erfordert werde,

a) wo die Betheiligten über die Vertheilung des Gutes einverstanden seien, oder ob

b) die Untheilbarkeit nur im Interesse der Vortheilserben bestehe und da wegfalle, wo diese das Vortheilsrecht auf das ganze Gut nicht geltend machen, oder wo der Eigenthümer zur Lebenszeit selbst über das Gut verfügen und einen Theil desselben veräußern wolle?

Das Bezirksamt behauptete das letztere, die Kreisregierung aber das erstere.

Die Sache gelangte an das Ministerium des Innern, welches unterm 8. Februar 1836 Nr. 1158 folgende Entscheidung gab:

„Die geschlossenen Hofgüter, von welchen der §. 3 des Gesetzes vom 23. März 1808 (Regierungsblatt Nr. XI) spricht, sind dies keineswegs blos in privatrechtlicher Beziehung, nämlich in der Art, daß der vortheilsberechtigte Erbe die Uebernahme desselben um einen billigen Anschlag fordern kann, sondern sie sind es auch in polizeilicher Beziehung in der Art, daß die Theilung ohne oberpolizeiliche Bewilligung, auch wenn die Civilparteien einig sind, nicht zugelassen wird."

„Das Gesetz erklärt diese Güter geradezu als untheilbar, und gestattet ihre Theilung unabhängig von der Willkühr der Parteien nur in so fern, als

1) sie als allzugroß erkannt und deßhalb ihre Zerschlagung in mehrere Hofgüter von der Oberpolizeibehörde verordnet, beziehungsweise erlaubt wird, oder

2) in so fern die Vertheilung unter die Erben mit Einwilligung des Vorzugsberechtigtigten unter der Voraussetzung verlangt wird, daß

„„Wohnung mit den nöthigen Wirthschaftsgebäuden (für so viel Familien, als Theile gemacht werden sollen) vorhanden oder mit Beobachtung der polizeilichen Erfordernisse herzustellen ist.""

„Durch diese letztere Verfügung ist also namentlich die Dispositionsbefugniß der, wenn gleich einverstandenen, Parteien ausdrücklich beschränkt, und es geht aus dem Zusammenhang des ganzen Gesetzes hervor, daß die gesetzliche Untheilbarkeit dieser Höfe mit auf polizeilichen Gründen beruht. Durch den §. XVIII des ersten Einführungsedicts zum Landrecht sind nun diese polizeilichen Vorschriften der Vortheilsordnung ausdrücklich aufrecht erhalten, und sie wurden, wie die Kreisregierung richtig bemerkt, und wie auch die diesseitigen Acten zeigen, bisher vollzogen, indem bei allen unter das Gesetz vom 23. März 1808 fallenden geschlossenen Höfen auf dem Schwarzwald von jeher die Theilungserlaubniß von der Kreisregierung eingeholt und nach den Umständen des einzelnen Falles ertheilt oder versagt wurde, je nachdem die einzelnen Theile nach ihrer Beschaffenheit und Größe zum Unterhalt einer Familie noch als hinreichend erkannt wurden oder nicht."

„Im Uebrigen unterliegt es keinem Zweifel, daß bei dem gegenwärtigen Zustand der Kultur die Theilung gar zu großer Güter, auf deren Anbau des großen Umfangs wegen der Besitzer nicht mehr genug Arbeit zu verwenden im Stande ist, wohlthätig sei; aber eben so gewiß ist, daß sie, wo diese Voraussetzung fehlt und die Theilung bis ins Kleine geht, den Wohlstand der größtentheils vom Landbau und von der Viehzucht lebenden Bewohner jener Gegenden wesentlich gefährdet."

D. R.

Digitized by Google

II.

Ueber die Anwendung des Landrechts auf Fälle des ältern Rechts.

Es kommen nicht selten, hauptsächlich bei der Ersitzung oder Verjährung von Dienstbarkeiten, Fragen zur Entscheidung aus dem ältern Recht vor, welche in diesem und hauptsächlich in dem gemeinen römischen Recht mit Grund kontrovers waren, so daß sich alsdann für eine oder die andere Entscheidung nicht gerade ausdrückliche Gesetzesvorschriften, oder eine bestimmte Praxis, wohl aber Analogien aus andern Gesetzesstellen, und widerstreitende Meinungen verschiedener Rechtslehrer anführen lassen. So lag neulich vor hiesigem Hofgericht ein Fall der Verjährung einer Dienstbarkeit unter dem alten Recht vor, wo es in diesem nach dem unzweifelhaften Stand der Rechtslehre bestritten war, ob zur Verjährung eine usucapio libertatis, d. h. eine mit der Dienstbarkeit im Widerspruch stehende Handlung, des die Verjährung in Anspruch nehmenden Beklagten erforderlich war, die nicht bewiesen werden konnte, oder ob der bloße Nichtgebrauch, der bewiesen war, genügte. Unter dem jetzigen Recht wäre es nicht zu bestreiten, daß der bewiesene Nichtgebrauch hinreichte, und man hat hauptsächlich aus diesem Grund die Frage, und damit den ganzen Rechtsstreit entschieden, indem man die Meinung aufstellte, daß man in dergleichen seltenen Fällen auf das jetzige unzweifelhafte Recht zurückgreifen könne.

Es läßt sich nun nicht bezweifeln, daß diese Meinung mehr oder minder den ersten Rechtssatz, die Grundlage der Rechtssicherheit, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, in Hintergrund stellt, und bei dem ohnedies bestehenden, natürlichen Hang, das jetzt bestehende Recht anzuwenden, und überhaupt für billig und vernünftig zu halten, können daraus leicht und vielleicht unfreiwillig Irrthümer entstehen, die hauptsächlich daraus entspringen, daß man auf leichtfertige Weise die Unentschiedenheit einer Frage in dem unbekannten alten Recht annimmt, und alsbald das bekanntere neue Recht anwendet. Nichtsdestoweniger wird die sorgsam und vernünftig anzuwendende Meinung doch zu rechtfertigen seyn.

Wenn der Richter nach gewissenhafter Erforschung des Rechts zur Ueberzeugung gekommen ist, daß ihm zur Entscheidung eines Falls ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt, wenn ihm Grund und Zweck, und Geist des Gesetzes keine bestimmte Meinung als die damit zusammentreffende an die Hand gibt, und wenn ihm eine unzweifelhafte Rechtsähnlichkeit und ein unbestreitbarer Gerichtsgebrauch seine Unentschiedenheit nicht löst, so soll er, nach Vorschrift des L.R.S. 4 u, sogar die Angaben des natürlichen Rechts zur Entscheidung beiziehen und ihr unterlegen. Jedermann weiß aber, daß mit dem sogenannten natürlichen Recht einem Richter nicht viel zur Entscheidung gedient ist, es ist selbst wieder höchst bestritten, und wenn noch von einer Frage einer rein civilrechtlichen, vielleicht mit dem Naturrecht gerade im Widerspruch stehenden Einrichtung die Rede ist, so kommt man mit dem natürlichen Recht zur richtigen Entscheidung keinen Schritt vorwärts. Allerdings sagt schon die L. 7 d. de bon. damnat. — ratio naturalis quasi lex quædam tacita — allein diese ratio naturalis wird sich eben am Ende — hæc æquitas suggerit, et si jure deficiamur L. 2. §. 5 in fine de aqua et aquæ pluv. arc. — in ein Billigkeitsgefühl auflösen, welches seinen Umfang und seine Anwendung lediglich in der Individualität des Richters findet, und somit höchst unbestimmt und veränderlich ist. Urtheilen soll und muß aber der Richter nach L.R.S. 4, und wenn er nun im neuen Gesetz die bestrittene Frage des alten Gesetzes ausdrücklich entschieden findet, so wird er diese Entscheidung wohl vorziehen und anwenden dürfen. Er kann doch gewiß glauben, daß das neue Gesetz auch auf natürliches Recht und Billigkeit gegründet ist, und wenn er, wie zumal in unserm Landrecht, häufig findet, daß der Gesetzgeber absichtlich viele Kontroversen des alten Rechts entschieden hat, so erfordert es schon die Gleichförmigkeit des Rechts, daß er die Streitfrage des alten Gesetzes eher im Sinne des neuen Rechts entscheidet, denn daß er die entgegengesetzte Meinung vorzieht, und so aus seiner Entscheidung unter der Zeit des neuen Rechts immerhin Folgen und Wirkungen mancherlei Art begründet, welche in ihrer Entstehung unter dem neuen Recht diesem geradezu entgegengesetzt sind. Allerdings ist er dazu nicht verpflichtet, und er kann nach seinem Ermessen auch gegen die Entscheidung des neuen Rechts eine bestrittene Frage des alten Rechts beurtheilen, allein wenn er im Mangel jedes bestimmten, und durch Rechtsähnlichkeit, Zweck und Geist des Gesetzes bestimmbaren Rechts das neue Gesetz anwendet, so wird ihn deßhalb kein gegründeter Vorwurf treffen.

Sander.

III.

Beitrag zur Erläuterung des L.R.S. 970 über die Förmlichkeiten des eigenhändigen letzten Willens, als Anhang zu den Aufsätzen in Nr. 3 und 31 des dritten Jahrgangs dieser Annalen.

In dem Rechtsfalle, auf welchen sich die angeführten Aufsätze beziehen, legten die Intestaterben die Oberappellation ein gegen das hofgerichtliche Urtheil, welches das amtliche reformirt und die Gültigkeit des letzten Willens ausgespro-

Digitized by Google

chen hatte. Das großherzogliche Oberhofgericht bestätigte jedoch mit sechs Stimmen gegen eine die hofgerichtliche Entscheidung, und zwar aus folgenden Gründen:

In Erwägung

1) daß ein eigenhändiger letzter Wille gilt, wenn er von der Hand des Erblassers durchaus geschrieben und unterzeichnet, auch mit Ort, Tag und Jahr versehen ist, Satz 970 des Landrechts;

daß er hingegen nichtig ist, wenn die Beobachtung einer dieser wenigen Förmlichkeiten fehlt, Satz 1001, und daß alles richterliche Ermessen nach Satz 6 k in so fern wegfällt.

In Erwägung

2) daß über die Art und Weise der Einhaltung dieser Förmlichkeiten vom Gesetz keine Vorschriften gegeben wurden, und in so weit der Statthaftigkeit des richterlichen Ermessens nichts im Wege steht, der Richter also ermächtigt ist, sich mit dem Wesentlichen der Formbeobachtung zu begnügen, und im Uebrigen den allgemeinen Grundsätzen zu folgen, wornach Beschränkungen der Verfügungsfreiheit nicht zu begünstigen sind, und jedes Rechtsgeschäft im Zweifel aufrecht erhalten werden soll, welcher letzterer Grundsatz insbesondere dem — aus Art. XI §§. 3 und 4 des ersten Einführungsedicts zum Landrecht hervorgehenden Geiste unseres Gesetzes gemäß — auch auf Testamente angewendet werden muß;

3) daß diesen Grundsätzen zufolge der Text des letzten Willens, so lange der Zusammenhang der Handlung nicht verloren geht, so vielen Platz einnehmen und an so vielen Stellen des Papiers zerstreut seyn kann, als es dem Erblasser beliebt — daß es für die Rechtsbeständigkeit des Testaments namentlich gleich gelte, in welchem Theile desselben das Datum angebracht werde, und ob Tag, Jahr und Ort beisammen oder getrennt stehen, und daß die Unterzeichnung des Erblassers nicht nothwendig das Unterste in der Urkunde ist. — Zachariä, Bd. IV., §. 668, dritte Auflage.

4) Daß es daher der Gültigkeit der letzten Willensurkunde des Anton Meixel nicht schaden kann, wenn ein Theil derselben auf die erste Blattseite des Bogens, ein anderer Theil aber mit Leerlassung der zweiten und dritten auf die vierte Seite geschrieben, und mit dem letztern Theil auch die Angabe des Ortes der Testamentserrichtung verbunden worden ist;

5) daß in dieser letzten Willensurkunde die folgenden Worte, welche auf der vierten Seite des Bogens geschrieben stehen: „Testament von Anton Meixel zum Zähringerhof in Baden" an sich betrachtet, zwar lediglich eine Aufschrift darstellen, welche als solche kein Bestandtheil des Testaments ist, weil sie bei dem eigenhändigen letzten Willen nicht erfordert wird, wie bei dem letzten Willen in geheimer Form nach §. 976, und weil sie daher zur Ergänzung der Urkunde nicht gehört;

6) daß sie jedoch durch den unverkennbaren besondern Zusammenhang, in welchem sich der Text auf der ersten Seite mit einem Theile der Aufschrift befindet, in dem gegenwärtigen einzelnen Falle eine Ergänzung des Testaments in der That enthält, indem die auf der ersten Seite vorkommenden Worte „von hier" gleichbedeutend sind mit den Worten „von dem Orte, in welchem ich mich in dem Augenblick befinde, wo ich dieses verfüge" — das heißt gleichbedeutend mit den Worten „von dem Orte, wo ich dieses Testament errichte." Damit zwar der Ort selbst noch nicht genannt, wohl aber die Andeutung gegeben war, daß er an irgend einer Stelle der Urkunde genannt sei.

7) Daß nun auf der vierten Blattseite ein Ort wirklich genannt ist, und daß er für den auf der ersten Blattseite angekündigten um so gewisser gelten muß, als ein und derselbe Ort recht gut zugleich der Geburtsort der Frau, der Gewerbssitz des Mannes und der Ort der Testamentserrichtung des Letztern seyn, folglich zur Bezeichnung von allen dreien dienen kann, als diese vollkommen natürliche Auslegung das einzige, und nach den obenerwähnten Rechtsprinzipien, vom Gesetz gebilligte Mittel ist, den letzten Willen des Erblassers bei Kräften zu erhalten.

In Anbetracht

8) daß also dem Testamente des Anton Meixel der Vorwurf der Nichtigkeit, wegen mangelhafter Datirung mit Unrecht gemacht wird.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Dr. Beetheau.

IV.

In wie fern kann eine Widerklage in zweiter Instanz angebracht werden?

Das Landamt Freiburg hat auf eine Klage die Ladung nach §. 358 der P. O. abgeschlagen. Das Hofgericht des Oberrheins dagegen verfügte auf eingewandte Appellation Ladung, um in der Sache nach §. 1238 sogleich selbst zu verhandeln und zu erkennen, ohne die Sache vorerst noch an den Unterrichter zurückzuweisen. Die beklagte Gemeinde E. verband sodann mit der beim Hofgericht übergebenen Vernehmlassung eine Widerklage. Das Hofgericht verfügte auch zuerst Ladung auf die letztere, nahm jedoch später diese Verfügung wieder zurück, und erklärte die Widerklage für unstatthaft, „da eine Widerklage in zweiter Instanz nicht mehr vorgebracht werden könne." Diese Ansicht, bei der es auf die von der Gemeinde erhobenen Remonstration blieb, scheint in der ausgesprochenen Allgemeinheit und der hier gemachten Anwendung nicht richtig zu seyn, vielmehr hätte meines Erachtens der Widerklage Statt gegeben werden sollen. Offenbar liegt hier eine Verwechslung zu Grunde. Der §. 313 der Pe. Ordn. kann, indem er vorschreibt, daß die Widerklage vor Verkündung des ersten Urtheils in der Vorklagsache erhoben werden müsse, nur das Urtheil in der Sache selbst, nach vorgängiger Verhandlung, meinen, nicht aber ein

Digitized by Google

jedes Urtheil, somit auch die Ladungsverfagung. Für die hofgerichtliche Ansicht scheint zwar auf den ersten Anblick die Allgemeinheit des Ausdrucks in §. 313 zu sprechen. Es läßt sich jedoch sowohl aus den Vorschriften der Proceßordnung, als aus dem Zwecke der Widerklage leicht die Unrichtigkeit dieser Ansicht nachweisen.

Der §. 314 der Pr. Ordn. enthält die schon in der Natur der Sache und dem Wortbegriff gelegene Bestimmung, daß die Widerklage vor der Mittheilung der Klage zur Vernehmlassung nicht erhoben werden kann. Noch bestimmter verordnet der §. 257 Nr. 4 der Pr. Ordn., daß erst die richterliche Mittheilung der Klage zur Vernehmlassung für den Beklagten die Befugniß zur Erhebung einer Widerklage bewirke. Diese beiden Paragraphen der Proceßordnung müssen nun mit dem §. 313 in Vereinbarung gebracht werden, was nur dadurch möglich ist, daß man unter dem Urtheil im letzteren Paragraphen nur ein Urtheil nach vorgängiger Verhandlung versteht, bei welcher allein die Anstellung der Widerklage möglich ist. Es kann also die Ladungsverfagung hierunter nicht begriffen seyn. Folge davon ist, daß die Widerklage mit der in Folge oberrichterlicher Ladungszulassung Statt habenden Mittheilung der Klage zur Vernehmlassung zur Existenz kommen muß. Ob diese Mittheilung und weitere Verhandlung alsdann durch den Unterrichter geschehe, wie in den Fällen der §§. 357, 359 und 360, oder durch das Obergericht, wie im vorliegenden Falle (§. 1238), ist für das Schicksal der Widerklage völlig gleichgultig. Die Wirkung geht nicht weiter als der Grund, der bei der Bestimmung des §. 1238 lediglich der ist, daß man von dem Richter, der einmal eine Klage nicht begründet erfand, eine Aenderung seiner Ueberzeugung nicht erwarten dürfe, somit die Zurückweisung der Sache an ihn nutzloser Zeit- und Kostenaufwand wäre. Auch hat weder der §. 313, noch der §. 257 einen Unterschied rücksichtlich der Instanz gemacht, weßhalb auch der Richter keinen machen darf. Die Richtigkeit der hier vertheidigten Ansicht wird aber durch den §. 258 der Pr. Ordn. vollends über jeden Zweifel erhoben. Dieser Paragraph verfügt ganz ausdrücklich, daß die oberrichterliche Ladungszulassung die im vorhergehenden Paragraphen unter 1, 2, 4 (Widerklage) und 7 bezeichneten Wirkungen mit rückwirkender Kraft äußere. Hiermit wäre die Ausschließung der Widerklage, im Falle der alsbaldigen Verhandlung in zweiter Instanz unvereinbar, es müßte eine Ausnahme für die Fälle dieser Art gemacht seyn, wenn die hofgerichtliche Ansicht richtig seyn sollte. Nicht minder ergibt sich die Richtigkeit unserer Ansicht aus dem Zwecke des Gesetzes; dieser ist bei der Widerklage: Abkürzung und Vereinfachung der Processe. Man wird nicht annehmen dürfen, daß der Gesetzgeber in Fällen dieser Art darum, weil er aus andern Rücksichten darin die Verhandlung dem Unterrichter entzog, die Vortheile des Instituts der Widerklage, zu welcher in dieser wie in der ersten Instanz alle wesentlichen Momente vorhanden sind, habe aufgeben wollen, während doch beiderlei Zwecke so gut neben einander bestehen können. Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. Die Verhandlung auf die Klage in der zweiten Instanz in Fällen des §. 358 kann daher, als rein zufälliger Umstand, auf die Widerklage keinen andern Einfluß äußern, als auf die Vernehmlassung selbst, den nämlich, daß beide etwas später und bei dem Obergerichte zum erstenmal vorgetragen werden. Es wäre auch, von allem Bisherigen abgesehen, höchst unbillig, den Beklagten die Folgen des Fehlers des Unterrichters durch Verlust der vom Gesetze ihm gegebenen Wohlthat der Widerklage büßen zu lassen. Zentner.

V.

Anfrage

Ist die häufig geltend gemachte Ansicht richtig, daß in Folge des Gesetzes vom 28. August 1835, den Aufwand für Volksschulen und die Rechtsverhältnisse der Schullehrer betreffend, alle Schulstellen, welche an ständigem Einkommen bereits mehr als den im §. 7 des Gesetzes bestimmten Normalgehalt haben, bei dem Abgang der gegenwärtig darauf befindlichen Lehrer auf diesen Normalgehalt reduzirt werden und ihr gegenwärtiger Mehrertrag zur Verwendung für andere Schulen in einen allgemeinen Fond gezogen wird?

F.

Antwort der Redaction. Wirklich eine seltsame Ansicht, von der es kaum erklärlich ist, durch welche Stelle des Gesetzes sie veranlaßt seyn mag! Es ist in dem Gesetze vom 28. August 1835 auch keine Spur zu finden, welche auf eine solche Ansicht zu verleiten geeignet wäre.

Der §. 7 des Gesetzes bestimmt keineswegs Gehalte, welche als Normalgehalte in dem Sinne gelten sollten, daß alle gegenwärtigen Gehalte allmählig darnach geregelt werden mußten, er bestimmt vielmehr ausdrücklich nur, welches die niedersten Gehalte eines Hauptlehrers der einen und der andern Klasse seyn sollen.

Ist der mit einer Schulstelle verbundene ständige Gehalt aber jetzt schon größer, als er nach §. 7 des Gesetzes im geringsten Falle seyn oder werden muß, je nun, so bleibt es dabei und es bedarf der Nachhülfe des Gesetzes nicht mehr.

Es ist im ganzen Gesetze kein Wort davon gesagt, daß eine allgemeine Ausgleichung Statt zu finden habe, und eine Schule irgend etwas, was sie bereits unwiderruflich besitzt, an eine andere Schule abzutreten habe.

Wenn bei einer Schule die Fonds und Dotationen zur Deckung des im §. 7 als das Minimum festgestgesetzten Gehalts nicht hinreichen, so bestimmen die §§. 20 — 29, wie das Fehlende von der Gemeinde und subsidiär von der Staatskasse beizuschießen sei, keineswegs aber von dem größern Einkommen anderer Schulen.

Der § 13 Abs. 2 bestimmt vielmehr ausdrücklich, daß jeder Schule die Einnahmen, die sie aus ihrer Pfründe, aus Fonds und Dotationen bereits unwiderruflich bezieht, auch künftig verbleiben, wenn sie gleich den im §. 7 als das gesetzliche Minimum festgesetzten Betrag übersteigen.

Nur an einer und derselben Schule, an der mehrere Lehrer angestellt oder anzustellen sind, kann, wenn ein Lehrer mehr und der andere weniger als das gesetzliche Minimum bezieht, der Ueberschuß des Erstern zur Deckung des Mangels des Letztern nach §. 33 verwendet werden, jedoch auch dies nach §. 88 nur erst, wenn der gegenwärtig angestellte Lehrer, der den höhern Gehalt bezieht, abgeht.

Die Entziehung eines Theils der unwiderruflichen Einkünfte einer Schule zum Zwecke der Verwendung für eine andere Schule, oder zur Einwerfung in einen allgemeinen Fond findet aber nach § 13 in keinem Falle Statt. Bett.

Hauptredacteur Ministerialrath Bett.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 11. Karlsruhe den 12. März 1836.

I.

Einige Bemerkungen zu dem Aufsatze, Annalen III. Nr. 50 II., über den Widerruf von Geständnissen im Civilproceß.

Dieser Aufsatz ist schon mit zwei gehaltvollen Bemerkungen von der Redaction begleitet dem Publikum übergeben worden, er gibt aber auch mir noch Veranlassung zu folgenden Betrachtungen.

I. Ueber die Berufung der Klägerin.

1) Das hofgerichtliche Erkenntniß vom 19. Sept. 1835 enthält einen Widerspruch mit sich selbst, weil es die Wiederaufhebung des amtlichen Bescheides vom 10. Januar 1835 anordnet, also das amtliche Erkenntniß vom 7. Oktober 1834 dadurch wieder aufleben läßt, indem jener dieses aufhebt. Dieses ist ein Definitiverkenntniß, welches dem Klagbegehren völlig entspricht, wie läßt sich nun dieses Urtheil mit dem amtlichen Zwischenbescheide v. 10. Januar 1835 vereinigen, wornach die Klägerin vorerst ihren Klaggrund, nämlich das Miteigenthum an dem fraglichen Walde zu $^{11}/_{144}$ noch beweisen soll.

Dieser Beweis ist ohne alle Rechtswirkung, so lange das Urtheil vom 7. Oktober 1834 nicht aufgehoben ist.

2) Gegen die von dem großherzoglichen Hofgerichte ausgesprochene Abänderung des amtlichen Bescheides vom 10. Januar 1835 läßt sich Folgendes anführen:

A. Die Beklagte hat, wie S. 296 unter a b der Ann. gesagt ist, zur Beseitigung der Nachtheile des fraglichen Geständnisses sich namentlich auf die Rechte der Minderjährigen und auf die Unwirksamkeit des Irrthums berufen. Die Minderjährigkeit hat auf den einfachen Widerruf, von welchem die Proceßordnung in den §§. 148 — 155 handelt, gar keinen Einfluß, sie kann nur Wiederherstellung begründen, eben so der Irrthum, wenn man annehmen sollte, daß die Zustellung des Urtheils vom 7. Oktober 1834 an den Bürgermeister zu Naßig rechtswirksam wäre, weil in diesem Falle nach §. 155 der Pr. Ordn. der einfache Widerruf nur bis zum 8 Nov. 1834 hätte vorgetragen werden können.

Beachtet man noch, daß der Widerruf in der Hauptsache denselben Erfolg hat, als wie die Wiederherstellung, nämlich Beseitigung des irrthümlich Einbekannten, also der Hauptantrag bei beiden Rechtsbehelfen immer derselbe ist, so dürfte nicht zu bezweifeln seyn, daß die Beklagte sich neben dem einfachen Widerrufe auch noch des Rechtsmittels der Wiederherstellung (Tit. 49 der Pr. Ordn.) bedient hatte.

B. Ist diese Unterstellung richtig, so fragt es sich, ob der Unterrichter befugt war, unter Hinblick auf §. 1253 der Pr. Ordn. Wiederherstellung zu ertheilen, wo die Beklagte ihr Gesuch nicht auf diese Gesetzesstelle, sondern auf den §. 1254 gebaut hatte?

Die amtlichen Entscheidungsgründe über diesen Punkt sind zwar in dem vorliegenden Aufsatze nicht angeführt, allein weder der Appellant noch die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe S. 296 a. E. machen dem Unterrichter den Vorwurf, daß er auf Thatsachen Rücksicht genommen hätte, welche nicht in den Acten lagen, und unbestritten waren. Da nun auch die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe bestimmt ergeben, daß der Unterrichter von Amtswegen auf den Grund des §. 1253 der Proceßordnung hin, Wiederherstellung ertheilt hätte, so wird wohl anzunehmen seyn, daß in den Acten Thatsachen unbestritten vorgelegen haben, welche an sich nach §. 1253 der Pr. Ordn. ein Wiederherstellungsgesuch begründen, der Anwalt der Beklagten aber unterlassen hat, auch durch Berufung auf diese Gesetzesstelle seinen Antrag zu bekräftigen.

Wenn nun Martin, in seinem Lehrbuche des Processes §. 15, die Thätigkeit der Gerichte auf die Beurtheilung der Anträge der Parteien und deren Gewährung oder Verwerfung beschränkt, wenn er im §. 163, unter Bezug auf §. 81, dem Richter ein Erfullungsamt in der Art zuerkennt, daß er berechtiget und verpflichtet ist, auf actenmäßige Thatsachen nach eigenee Ueberzeugung zu erkennen; wenn man ferner den Richter nicht zu einer Maschine machen will, so muß man wohl annehmen, daß der Richter befugt ist, den Antrag einer Partei zu verwerfen oder zu gewähren, aus Rechtsgründen, welche in den Acten gar nicht enthalten sind,

Digitized by Google

aber aus actenmäßigen Thatsachen abgeleitet werden können.

Dieser Ansicht ist auch Gensler in seinem Handbuch zu Martin Thl. I. S. 67, sodann in seinen Grundsätzen der juristischen Vortrags- und formellen Entscheidungskunde I. Stck. S. 38 Note 4 Abs. 2.

Unsere Proceßordnung sagt hierüber nichts, allein man wird ihr gleiche Ansicht unterstellen können, weil der §. 247 dem Kläger nicht auferlegt, seine Rechtsgründe vorzutragen, und weil der §. 249 dieselben unter die Nebensachen zählt, womit die Motive zum 15. Titel der Pr. Ordn. übereinstimmen.

Auch erkennt großherzogliches Oberhofgericht auf Rechtsgründe, welche eine Partei zu ihren Gunsten nicht geltend gemacht hat. cf. Annalen I. S. 211.

C. Der Unterrichter scheint in vorliegendem Falle die Vorschriften der §§. 5 und 376 der Pr. Ordn. nicht verletzt zu haben, weil die beklagte Gemeinde jedenfalls Aufhebung der Nachtheile des ihr schädlichen Geständnisses begehrt hatte, also ein Antrag vorlag, welchem durch Bescheid vom 10. Januar 1833 entsprochen wurde.

Demnach möchte der drittte und Hauptentscheidungsgrund zu dem Erkenntnisse über die erste Appellation unrichtig seyn, nur muß dabei immer unterstellt werden, daß die Thatsachen, worauf der Richter seine eigene Ansicht baute, unbestritten in den Acten vorgelegen haben.

II. Ueber die Berufung der Beklagten.

Die Bemerkung der Redaction über die Anwendbarkeit des §. 142 Nr. 12 der Pr. Ordn., daß nämlich die Vertreter der Beklagten in der Verhandlung vom 21. Februar 1834 zur Ablegung des mehr erwähnten nachtheiligen Geständnisses keiner Spezialvollmacht bedürften, ist so klar und unwiderleglich, daß der siebente hofgerichtliche Entscheidungsgrund als irrig erscheint, indem er die Ansicht ausspricht, daß der Richter auf kein Geständniß eines Bevollmächtigten Rücksicht nehmen dürfe, zu welchem dieser sich nicht zum Voraus durch Spezialvollmacht legitimirt hätte.

Aber nähere Beleuchtung verdient die Vertretung der Gemeinden bei einem Rechtsstreite im Allgemeinen.

Hierbei muß man von dem Grundsatze ausgehen, daß die Proceßordnung die Vorschriften für die Rechtsverfolgung zum Gegenstand hat, und die Gemeindeordnung sich mit der Verfassung und Verwaltung der Gemeinden beschäftiget, daß also hinsichtlich der Rechtsverfolgung auch die Gemeinden an das erste Gesetz gebunden sind, selbst wenn dieses einen Widerspruch mit der Gemeindeordnung enthalten sollte, denn andernfalls müßte man fast für jeden Stand der Staatsbürger eine eigene Proceßordnung haben. Hier liegt aber kein Widerspruch zwischen diesen beiden Gesetzen vor, beide Bestimmungen lassen sich ganz leicht mit einander vereinigen.

1) Die Gemeindeordnung handelt im 3. Titel von der Verwaltung der Gemeinde, hier im 5. Kapitel, rubricirt: von der Verwaltung des Gemeindevermögens wird im 8. Abschnitte der Gemeindeprocesse gedacht, und folgt daraus, so wie aus der Vollzugsverordnung vom 14. Juli 1834 von selbst, daß alle diese hier enthaltenen Bestimmungen sich auf die Dispositionsbefugniß über den Streitgegenstand selbst beziehen.

Dieses Dispositionsrecht über das Gemeindevermögen steht nach §. 53 der Gemeindeordnung der Gesammtheit der Gemeindebürger zu, welche nach §. 42 Nr. 3 diese Befugniß im Allgemeinen in die Hände des Gemeinderaths niedergelegt haben, wobei nur die Ausnahme besteht, daß bei bestrittenen dinglichen Rechten nach §. 125 der Gemeindeordnung die Gesammtheit der Gemeindebürger oder der größere Ausschuß die Zustimmung zu dem Beschluß des Gemeinderathes zu geben oder zu verweigern hat. Ist aber die Führung eines Rechtsstreites von Seiten der Factoren der Gemeinde einmal beschlossen, so ist es aber nicht einmal mehr der Gemeinderath, der statt der Gemeinde als Partei dasteht, sondern der Bürgermeister mit zwei besonders gewählten Beigeordneten vertreten gesetzlich die Gesammtheit, §. 126 der Gemeindeordnung.

Der Bürgermeister ist als Vorsteher des Gemeinderaths auch gesetzlicher Vorsteher des Proceßausschusses, indem er dazu nicht gewählt, sondern durch das Gesetz des §. 126 der Gemeindeordnung dazu berufen wird. Diese drei Personen repräsentiren die Gemeinde, sie sind demnach gleich jedem anderen Eigenthümer zur Sache legitimirt, aber ihrer Gemeinde für ihre Verwaltung verhaftet.

2) Ist auf diese Weise das Wohl der Gemeinde bei einem Rechtsstreite nach innen zu gewahrt, so fragt es sich nur noch, wie gestaltet sich dieses Verhältniß nach außen in Bezug auf Richter und Gegenpartei?

A. Was die Zustellungen der richterlichen Beschlüsse und Urtheile betrifft, so wollen wir, der Proceßordnung zufolge, sie in solche theilen, welche der Partei selbst zugestellt werden müssen oder nicht.

a) In Bezug auf letztere unterliegt es nach §. 41 der Gemeindeordnung keinem Zweifel, daß alle derartigen richterlichen Ausfertigungen, so lange kein besonderer Bevollmächtigter für die betheiligte Gemeinde aufgestellt ist, dem Bürgermeister zugestellt werden müssen, denn er hat nach dem 5. Absatze des §. 41 den Vorsitz im Gemeinderath, und nach dem 1. Absatze des Paragraphen sollen alle amtlichen Erlasse an ihn gerichtet seyn. Der Gemeinderath vertritt in der Regel die Gemeinde, der Bürgermeister ist der Präsident dieses Collegiums, also zur Empfangnahme derjenigen richterlichen Erlasse gewiß ermächtiget, welche der Partei nicht selbst zugestellt werden müssen.

Digitized by Google

b) Aber auch diejenigen richterlichen Verfügungen und Urtheile, deren unmittelbare Zustellung an die Partei die Proceßordnung befiehlt, können niemand anders als dem Bürgermeister und nur diesem allein zugestellt werden.

Die Gemeinde wird wie jede andere moralische Person in der Wirklichkeit nur in ihren Beamten personifizirt, eben so setzt jede Zustellung eine Person voraus, welcher eine richterliche Urkunde insinuirt wird. Nun bilden nach §. 126 der Gemeindeordnung die beiden, für einen Gemeindeproceß gewählten Beigeordneten mit dem gesetzlichen Vorsteher, dem Bürgermeister, das Collegium, welches in dem einzelnen Rechtsstreite dem Richter und der Gegenpartei gegenüber die personifizirte Gemeinde, also vollständig ad causam legitimirt ist.

So wie nun nach außen hin der Präsident eines jeden Collegiums dieses repräsentirt, so steht auch der Bürgermeister in einem Rechtsstreite nicht nur für sich, sondern auch für seine beiden Beigeordneten, mithin als die Partei selbst da, und so gut als z. B. in fiskalischen Rechtsstreitigkeiten dem Präsidenten des betreffenden Administrativcollegiums gleich der Partei eine Zustellung gemacht werden kann — cf. Regierungsblatt 1833 Nr. 36 S. 201 — eben so gut muß dieses mit Rechtswirkung an den Bürgermeister, als Vorsteher des Proceßausschusses Namens der moralischen Person der Gemeinde, geschehen können. Dieses ist aber auch nur der einzige Weg, dem Gegner einer Gemeinde auf dem Rechtswege zu einer Entscheidung zu verhelfen, denn angenommen, die Gemeinde erschiene als Beklagte, so kann ja erst nach Zustellung der Klage an die Gemeinde die Rede davon seyn, ob sie diesem Anspruche nachgeben oder Widerspruch entgegen setzen will, und erst nachdem man sich für letzteres entschlossen hat, können für diesen Rechtsstreit die zwei Beigeordneten des Bürgermeisters gewählt werden. Es muß also schon vor der Zustellung der Klage eine Person existiren, welcher dieselbe mit Rechtswirkung zugestellt werden kann.

Ferner ergibt sich dieses noch daraus, daß wenn eine Gemeinde sich hartnäckig weigert, eine Erklärung darüber nur abzugeben, ob sie einem an sie gemachten Anspruche gerichtlich begegnen will oder nicht, oder wenn sie keinen Proceßausschuß zu bestellen sich entschließt, ein Contumacialverfahren gesetzlich gar nicht durchzuführen wäre, wenn nicht dem Bürgermeister gleich der Partei eine Zustellung gemacht werden könnte.

Großherzogliches Ministerium des Innern scheint derselben Ansicht zu seyn, weil es im §. 11 der Verordnung vom 14. Juli 1834 nur für den Fall die Bestellung anderweitiger Vertreter der Gemeinde anordnet, daß der Gemeinderath oder die Mehrzahl seiner Mitglieder wegen Gegenbetheiligung aufgehört hat, Namens der Gemeinde sich etwas insinuiren lassen zu können.

B. Zu den mündlichen Verhandlungen hat der Richter nach §. 98 der Pr. Ordn. nicht den Bürgermeister und seine zwei Beigeordneten zuzulassen, sondern es muß die Bestellung eines Bevollmächtigten verlangt werden, wenn die Sache nicht in der ersten Tagfahrt beendigt werden kann.

C. Daß Spezialvollmachten nach Obigem, so wie nach dem ersten Absatze des §. 41 der Gemeindeordnung bloß vom Bürgermeister unterzeichnet werden können, versteht sich von selbst.

Dieser Ansicht könnte entgegen gehalten werden, daß das Interesse der Gemeinde hiernach durch die Versäumnisse oder Schuld ihrer Vertreter leicht gefährdet werden könnte, allein diese Gefährdung liegt in der Natur der Sache, weil die Verwaltung des Vermögens einer moralischen Person immer einzelnen Vertretern anheimgegeben seyn muß, und sie nur durch vorsichtige Wahl und Entschädigungsklagen gegen derartige Nachtheile sich schützen kann.

Wenden wir nun diese Grundsätze auf den vorliegenden Widerruf der beklagten Gemeinde an, so ist nach dem angeführten Aufsatze am 21. Februar 1834 von dem Bürgermeister zu Naßig, also von der beklagten Gemeinde Naßig, ein Geständniß abgelegt worden und die Zustellung des Urtheils vom 7. Oktober 1834 an den Bürgermeister der beklagten Gemeinde unterm 24. desselben Monats geschehen, auch das Gesuch um Zulassung des einfachen Widerrufs erst am 25. November 1834 bei dem Unterrichter eingereicht.

Dieses Gesuch ist verwerflich, weil das vorliegende Geständniß als von der Partei selbst abgelegt anzusehen ist; es ist ferner verspätet, weil das Urtheil der Partei in der Person des Bürgermeisters gesetzlich zugestellt, also nach §. 155 der Pr. Ordn. die gesetzliche Widerrufsfrist mit dem 8. November 1834 ein für allemal abgelaufen war.

St.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Ueber den Widerruf von Geständnissen im Civilprocesse.

(Nachtrag zu dem Aufsatze II in Nr. 50 des dritten Jahrg.)

Oedengesäß gegen Naßig.

Gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 19. Sept. 1834 — in so weit es die Beklagte zum Widerruf zugelassen und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückgewiesen hat — wurde von Seiten der Klägerin eine Wiederherstellungsklage eingereicht, worauf am 15. Dezember v. J. die Verfügung ergieng: „Die Wiederherstellungsklage findet nicht Statt."

Digitized by Google

Entſcheidungsgründe:

J. E., daß die Gemeinde Oedengefäß gegen das diesſeitige Urtheil vom 19. September l. J. aus dem Grunde die Wiederherſtellung nachſucht, weil der amtliche Beſcheid vom 7. Oktober l. J. nicht nur dem Bürgermeiſter, ſondern durch dieſen auch dem Gemeinderath und Bürgerausſchuß, ſo wie den Gemeindegliedern zu Raßig, gleich nach dem Empfang, nämlich am 2. November, eröffnet und zugeſtellt worden, ſohin das erſt am 25. November d. J. von dem Anwalt der Gemeinde Raßig bei dem Untergerichte überreichte Geſuch um Zulaſſung zum Widerruf verſpätet geweſen ſei;

J. E. jedoch, daß dieſe Thatſache nicht als erheblich angeſehen werden kann, weil es fortan ausgemacht bleibt, daß die Beklagte vom Beginn des Rechtsſtreits und im Laufe deſſelben nicht aufgeſetzliche Weiſe vertreten, und die richterliche Urtheilsverkündung oder Behändigung nur an den Bürgermeiſter und nicht zugleich an zwei beigeordnete Gemeinderäthe geſchehen, mithin gegen die Gemeinde ſelbſt ohne rechtliche Wirkung iſt, weßhalb gegen ſie die Nothfriſt gar nicht laufen konnte;

J. E., daß die erwähnte Thatſache eben ſo wenig als neu erſcheint, weil in der Wiederherſtellungsklage ſelbſt angeführt wird, daß der Anwalt der Gemeinde Oedengefäß ſchon früher — d. h. im Laufe der Verhandlungen über den Widerruf — bei dem Untergericht behauptet und zu beweiſen ſich erboten habe: daß der Beſcheid vom 7. Oktober auch den Vertretern der Gemeinde oder der letztern ſelbſt behändigt und eröffnet worden ſei;

J. E., daß demnach auf den Beweis dieſer Thatſache und der Rechtszeitigkeit der Wiederherſtellungsklage ſelbſt nichts ankommen kann;

Nach Anſicht der §§. 169 und 338 der Proceßordnung.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Anmerkung. Einige Noten, welche die Redaction dem frühern Aufſatze beigefügt hat, verdienen hier näher gewürdigt zu werden.

Zuvörderſt muß man ſich in das Gedächtniß zurückrufen, daß beide Parteien appellirt hatten. Weil es indeſſen dem Gerichtshofe nicht wohl thunlich ſchien, die verſchiedenen Appellationen in einem Urtheile zu entſcheiden, ſo wurde über jede ein beſonderes Urtheil gefällt.

Nun ſtellt die erſte Note das hofgerichtliche Urtheil, welches auf die Appellation der Klägerin erfolgt iſt, dergeſtalt hin, daß ſolches mit ſich ſelbſt im Widerſpruch zu ſtehen ſcheint. Faßt man aber den Sachverhalt etwas genauer ins Auge, ſo gelangt man zu einem ganz anderen Reſultate.

Das unterrichterliche Erkenntniß vom 10. Jänner 1835 mußte — in ſo weit daſſelbe die Beklagte gegen den Beſcheid vom 7. Oktober 1834 wiederhergeſtellt und dieſen ſelbſt aufgehoben hat — um deßwillen aufgehoben werden, weil weder das eine noch das andere von der Beklagten begehrt, mithin ultra petitum erkannt worden war. Es wurde ſonach durch das eine Urtheil der Beſcheid vom 7. Okt. 1834 wiederhergeſtellt, dagegen aber die Beklagte, in Folge der von ihr eingewandten Appellation, durch das andere Urtheil zum Widerruf zugelaſſen. Nun ſagt das Geſetz nirgends, daß ein Erkenntniß, welchem die als irrig angefochtenen Thatumſtände zum Grunde liegen, mit der Zulaſſung zum Widerruf aufgehoben werden müſſe. Das Urtheil, welches durch den Widerruf nur unmittelbar angegriffen wird, bleibt einſtweilen ſtehen, um erſt je nach dem Reſultat der weitern Verhandlung entweder beſtätigt oder aufgehoben zu werden. §. 152 der Pr. Ordn.

Wie die Ladung auf eine Wiederherſtellungsklage, wodurch das rechtskräftige Urtheil noch keineswegs aufgehoben wird, nothwendig weitere Verhandlungen nach ſich zieht, ſo auch die Zulaſſung zum Widerruf eines Geſtändniſſes, wovon in concreto die Beweisauflage an die Klägerin eine natürliche Folge war. Hätte der Unterrichter den einfachen Widerruf zugelaſſen und damit zugleich das Beweiserkenntniß verbunden, ſo würde dieſes Urtheil ohne Zweifel ſeinem ganzen Inhalte nach von dem Hofgerichte beſtätigt worden ſeyn. Auf den nämlichen Standpunkt gelangte die Sache dadurch, daß der Oberrichter den vom Untergerichte als unſtatthaft verworfenen Widerruf zuließ und das hiernach nöthig gewordene Beweiserkenntniß, welches in Folge der vom Unterrichter ex officio ertheilten Wiederherſtellung bereits erlaſſen war, aufrecht erhielt. Liefert nun die Klägerin den ihr auferlegten Beweis, ſo wird der Beſcheid vom 7. Okt. v. J. beſtätigt, andernfalls ſolcher aufgehoben und erkannt, daß ſie mit ihrer Theilungsklage abzuweiſen ſei. Ergeht z. B. in der Appellationsinſtanz noch ein Beweisinterlocut, ſo bleibt einſtweilen die Sententia a qua auch unverändert ſtehen, weil erſt das Ergebniß der Beweisverhandlung entſcheiden muß, ob das Endurtheil der vorigen Inſtanz zu beſtätigen oder abzuändern iſt?

Man kann demnach nur in dem unterrichterlichen Erkenntniß vom 10. Jänner 1835 einen Widerſpruch finden — in ſo weit nämlich die Beklagte gegen den Beſcheid vom 7. Okt. 1834 reſtituirt und dieſer ſelbſt aufgehoben wurde — da die Wiederherſtellung gegen ein aufgehobenes Urtheil ein baarer non sens, und die Aufhebung eines Urtheils, gegen welches gleichzeitig Reſtitution ertheilt wird, ein wahres absurdum iſt.

Durch die zweite Note wird die unterrichterliche Anſicht aus dem §. 41 der Gemeindeordnung zu vertheidigen geſucht und der hofgerichtliche Entſcheidungsgrund als unrichtig dargeſtellt. Dieſe Geſetzesſtelle, welche von den Amtsbefug-

Digitized by Google

nissen des Bürgermeisters handelt, steht jedoch mit unserer Frage in gar keiner Berührung. Der achte Abschnitt der Gemeindeordnung ist es allein, welcher hier Ziel und Maß gibt. Nach §. 126 hat der Gemeinderath die Processe der Gemeinde zu führen und aus seiner Mitte zwei Beigeordnete zu ernennen, welche mit dem Bürgermeister im Namen der Gemeinde das Geeignete besorgen. Diese drei Individuen zusammen sind der Bevollmächtigte, an welchen, Namens der Gemeinde, die Verkündung oder Zustellung von Urtheilen oder anderen richterlichen Verfügungen geschehen muß. Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen einzelnen Vorkommnissen im Processe und schließt daher jede richterliche Distinktion aus. In dem vorliegenden Falle verdient aber noch besonders der Umstand beachtet zu werden, daß die Beklagte von vorneherein nicht auf gesetzliche Weise vertreten und daß gerade der Bürgermeister es war, welcher die (nachher von der Gemeinde widerrufenen) Geständnisse ablegte und das darauf gebaute Urtheil in Empfang nahm. Mag er nun davon auch dem Gemeinderath und Bürgerausschuß alsbald Kenntniß gegeben haben, so war doch dies keine richterliche Verkündung oder Behändigung an die Vertreter der Gemeinde. Aber gerade deßwegen, weil der Bürgermeister, indem er das unbefugte Geständniß ablegte, selbst nach der gegentheiligen Ansicht wie ein Anwalt zu betrachten war, konnte er, als die Zustellung des Urtheils an ihn geschah, nimmermehr seine Rolle wechseln, um jetzt die Partei selbst zu repräsentiren. Anwalt und Partei sind allzeit zwei wesentlich verschiedene Personen im Processe.

Die dritte Redactionsnote gilt der Anmerkung des Einsenders, welche eine kurze Kritik der Lehre von dem Widerruf enthält.

Die Sache ist ganz einfach. Der §. 142 Nr. 12 der Pr. Ordn. will, daß ein von dem Anwalt oder Gewalthaber abgelegtes Geständniß in so lange keine sichere Basis für den Richter abgebe, als es nicht durch Spezialvollmacht von der Partei genehmigt ist. Dieser Paragraph soll daher nicht nur in Kraft bleiben, sondern auch seine volle Wirkung äußern und zwar in der Art, daß nur die Spezialvollmacht dem Geständnisse seine formelle Gültigkeit verschaffe. Dies allein wäre consequent und dem L.R.S. 1998 angemessen. Daraus folgt aber bei weitem nicht, daß der Richter alle Thatsachen, die von einem Anwalte ohne Specialvollmacht eingestanden wurden, schon deßwegen allein als widersprochen annehmen und Beweise auferlegen müßte. Wie die Vollmachtsurkunde (§. 140) den Anwalt im Allgemeinen zur Führung des Processes ermächtigt, so legitimirt ihn die Spezialvollmacht zu einzelnen Proceßhandlungen. Der Richter hat daher, wo nöthig, die Beibringung der Spezialvollmacht vorerst ex officio zu veranlassen. §. 134. Kann solche nicht beigebracht werden, so ist wohl anzunehmen, daß die Partei ihren Anwalt zur Ablegung des bezüglichen Geständnisses nicht beauftragt, daß vielmehr solcher die Schranken seines Auftrags überschritten habe. Wenn aber der Vollmachtgeber für das, was über solche Schranken hinaus geschieht, nicht haftet, so wäre es doch das Natürlichste daß jetzt das unbefugte Geständniß als nicht vorhanden, sohin die fragliche Thatsache als widersprochen angesehen und nach Umständen auf Beweis erkannt würde.

Hiebei braucht es nicht aufzufallen, daß dann, wenn der Beklagte gar keinen Anwalt schickt und nicht selbst antwortet, nach §. 330 Nr. 1 der Pr. Ordn. die Thatsachen der Klage als eingestanden angenommen werden müssen, denn eine Partei, welche auf die Ladung weder in Person noch durch einen Anwalt erscheint, ist ungehorsam; diejenige Partei aber, welche einen Anwalt schickt und sich durch diesen vernehmen läßt, ist nicht ungehorsam, und daher das Präjudiz der §§. 233, 330 und 331 der Pr. Ordn. gegen sie nicht vollziehbar.

Das richterliche Fragrecht, welches denn doch nur gegeben ist, um über alle erheblichen Thatsachen bestimmte Antworten zu erzielen, kann immerhin, auch wenn die ganze Lehre vom Widerruf gestrichen wird, sehr wohl fortbestehen und jeweils dazu Anlaß geben, daß der Anwalt, welcher auf richterliches Befragen über irgend einen Umstand ein Geständniß ablegt, zur Beibringung der nöthigen Spezialmacht binnen einer zu bestimmenden Frist angewiesen werde. Gewiß wäre dieses Verfahren eher zweckmäßig als schwerfällig zu nennen, denn es würde dadurch nicht blos die kostspielige Verhandlung über den Widerruf ganz vermieden, sondern auch der Proceß weit schneller zum Ziele geführt, als wenn über die Frage: ob der Widerruf Statt finde oder nicht? nach den §§. 1175 Nr. 8 und 1176 der Pr. Ordn. ein Zwischenstreit, sogar ohne Rücksicht auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme, durch drei Instanzen fortgeführt werden kann und dieß selbst da, wo eine Partei einstweilen nur zum Widerruf zugelassen, also dem Gegentheil in der Sache selbst vorderhand noch keinerlei Nachtheil zugegangen ist!

In keinem Falle gereicht es dem Gesetz zum Lobe, wenn man von ihm sagen muß: Jura vigilantibus scripta sunt!

Bayer.

Digitized by Google

III.

Ist die Verletzung der Vorschrift des §. 1221 der Pr. Ordn. keine Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens im Sinne des §. 1175 Nr. 3 der Proceßordnung?

Das großherzogliche Oberhofgericht hat kürzlich in einem Falle, in welchem gegen ein hofgerichtliches Erkenntniß aus Mangel der Summe das Rechtsmittel der Oberberufung wegen verletzter Vorschriften des Verfahrens ausgeführt wurde, die voranstehende Frage verneint, wie ich glaube mit Unrecht. Das Streitverhältniß ist, so weit es zum Verständniß der Erörterung hierher gehört, folgendes: M. B. erhob am 15. November 1833 beim Landamte Freiburg die Klage: Er und seine Rechtsvorfahrer hätten auf das Wiesenstück X. das Wasser zur Bewässerung immer durch einen Graben über die oberhalb gelegene Wiese des Altvogts M. geleitet, ohne daß die Vorfahren des Letzteren ihnen je ein Hinderniß in den Weg gelegt hätten. Der Beklagte M. störe nun aber die Wässerung, indem er den Wässerungsgraben bereits zugeworfen habe. Er bitte zu erkennen: M. sei nicht befugt, den Graben zuzuwerfen, er habe denselben wieder zu öffnen und sich aller fernern Störung des M. B. in seinem Dienstbarkeitsrecht über dessen Matte zu enthalten. Es wurde hierauf über das Dienstbarkeitsrecht selbst verhandelt. Auf ein ergangenes Beweiserkenntniß suchte der Kläger zu beweisen, daß er das angesprochene Wasserleitungsrecht durch Verjährung erworben, der Beklagte dagegen, daß die behauptete Verjährung durch die Einreden des Verzichts und der Unterbrechung zerstört sei, und überdem ihm, der im Jahr 1818 laut öffentlicher Kaufurkunde sein Grundstück frei von jeder Dienstbarkeit erworben, die zehnjährige Aquisitivverjährung der Freiheit von fraglicher Dienstbarkeit, wenn sie früher je bestanden hätte, zur Seite stehe. Aus dem Beweisverfahren will ich nur so viel als hieher gehörig anführen, daß beide Parteien Zeugen produzirten und der Beklagte noch seine Kaufurkunde vorlegte. Mit Ausnahme des vom Beklagten behaupteten Kaufs, lieferte kein Theil den Beweis vollständig; von dem dreißigjährigen Besitz, welchen Kläger erweisen wollte, blieben mehrere Jahre ohne allen Beweis; für den übrigen Zeitraum war der Zeugenbeweis vollständig. Der Beklagte suchte seine Beweisführung durch einen Nachtrag zu vervollständigen, in welchem er, nach abgeflossener Beweisfrist, zwei neue Zeugen zur Abhör auf gestellte Beweisartikel, insbesondere über die Einrede der Unterbrechung, und zum direkten Gegenbeweis in Vorschlag brachte. Der Unterrichter nahm auf diesen verspäteten Nachtrag keine Rücksicht, und erkannte dem Kläger das angesprochene Dienstbarkeitsrecht unter der Bedingung zu, daß er den Notheid über den ungestörten, fortwährenden Besitz durch dreißig Jahre ableiste.

Der Beklagte führte dagegen die Berufung aus. Aus der Beschwerde hier nur so viel, daß unter anderem begehrt wurde, dem Beklagten solle der Notheid (darüber, daß die Wasserleitung seit der zweiten Hälfte der vom Kläger behaupteten Verjährungszeit unterbrochen war) aufgetragen werden; daß ferner die beiden in erster Instanz unbeachtet gebliebenen neuen Zeugen unter Berufung auf §. 1221 der Pr. Ordn. neuerdings zur Abhörung produzirt wurden. Das Hofgericht des Oberrheins bestätigte lediglich, indem es ebenfalls unterstellte, daß des Klägers Beweis nicht ganz vollständig gelungen sei, auf die neu produzirten Zeugen aber gar keine Rücksicht nahm.

Hiergegen ward nun vom Beklagten die Oberberufung ausgeführt. Die zwei Hauptbeschwerden waren: daß das Mittelgericht die Vorschrift des §. 1221 der Pr. Ordn., sodann die Vorschriften der §§. 638 ff. der Pr. Ordn. verletzt habe, ersteres, indem es, der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes zuwider, die Abhör der zwei neuen (unbestrittenen erheblichen) Zeugen nicht zugelassen; letzteres, indem es ohne alle Rücksicht auf die Beweisführung des Beklagten nur den Beweis des Klägers gewürdigt und ihm den Notheid aufgelegt habe, anstatt daß dieser dem Beklagten oder doch diesem ebenfalls hätte aufgetragen werden sollen. Eine weitere dritte Beschwerde gehört nicht hieher. Das Oberhofgericht verwarf unterm 14. Jänner d. J. die Oberberufung als unzuläßig, und zwar in Betreff unserer Streitfrage:

In Erwägung, daß die erste und zweite Beschwerde, gestützt auf die §§. 1221, 634 ff. der Pr. Ordn., die Verwerfung des von dem Beklagten Oberappellanten verspätet angetretenen Gegenbeweises durch weitere Zeugen und die Würdigung des materiellen Gehalts der Beweis- und Gegenbeweisführung betreffend, kein Gegenstand des Proceßverfahrens, sondern Gegenstand des materiellen Rechts sind, daher, wenn auch das Mittelgericht mit Unrecht den fraglichen nachträglichen Zeugenbeweis für unzuläßig erachtet und ihn darum in zweiter Instanz nicht erhoben hätte, resp. die Beweis- und Gegenbeweisführung in ihrem materiellen Gehalt unrichtig beurtheilt haben sollte, eine Verletzung der Vorschrift des Verfahrens nicht vorhanden wäre, weil darin blos eine Verletzung des materiellen Rechts, aber keine Proceßmißleitung enthalten wäre;

In Anbetracht

8) daß sonach auch die auf den §. 1175 Nr. 3 der Pr. Ordn. gegründete Beschwerdeführung bei dem Abmangel der Summe keine Berücksichtigung finden kann ꝛc. ꝛc.

Digitized by Google

Diese Ansicht halte ich aus folgenden Gründen für unrichtig. Abgesehen davon, daß sich gegründete Bedenken darüber erheben ließen, ob bei der Verjährung eine Lücke von mehreren Jahren, für die gar kein Beweis vorhanden ist, durch den Notheid ausgefüllt werden könne, möchte da, wo nach einer bestimmten Vorschrift des Proceßgesetzes vermög der auf beiden Seiten geführten Beweise dem Beklagten der Notheid aufgelegt werden soll, aber dem Kläger und nur diesem derselbe aufgetragen wird, wohl eben so wenig am Daseyn der Verletzung einer Proceßvorschrift zu zweifeln seyn, als geläugnet werden kann, daß die §§. 634 ff. Vorschriften des Verfahrens enthalten. Ich wüßte nicht, warum dies minder Vorschriften des Verfahrens seyn sollten, als z. B. beim Haupteid die Vorschriften der §§. 580, 601, 605, 606. Und doch würde wohl Niemand anstehen, all dies als Vorschriften des Verfahrens anzusehen und deren Verletzung als zur Begründung der Berufung des §. 1175 Nr. 3 geeignet zu achten. Die Beurtheilung und der Ausspruch, ob eine gewisse Beweisführung an und für sich zureiche, um darauf den Beweisführer zum Notheid zuzulassen, mag zwar allerdings dem Gebiete des materiellen Rechts angehören, keineswegs aber die Frage: ob der Richter, wenn unbezweifelt die Lage der beidseitigen Beweise die ist, daß die Vorschrift X des Proceßgesetzes darauf paßt, die Stelle Z zur Anwendung bringen dürfe. Mit Unrecht scheint mir daher das Oberhofgericht hier, was Sache der Form ist, als unrichtige Beurtheilung des materiellen Gehalts der Beweis- und Gegenbeweisführung bezeichnet zu haben. Will man aber auch, bei der freilich feinen Gränzlinie, welche hier die beiden Gesichtspunkte trennt, die bestrittene Betrachtungsweise in Hinsicht auf den Notheid als die richtigere annehmen, so könnte sie doch keinenfalls in Beziehung auf den §. 1221 der Pr. Ordn. zugegeben werden. Wenn diese Vorschrift der Pr. Ordn., wornach „beiden Parteien das Recht zusteht, in der Appellationsinstanz neue Beweismittel und neue Thatsachen jeglicher Art beizubringen", wofern nicht eine der sogleich darauf bezeichneten Ausnahmsfälle vorliegt, was hier nicht der Fall ist, — „kein Gegenstand des Proceßverfahrens", sondern des materiellen Rechts wäre, und die Uebertretung derselben sich nicht für die Berufung des §. 1175 Nr. 3 der Pr. Ordn. eignete; so möchte es in der That schwer seyn, jemals diesen Paragraphen zur Anwendung zu bringen, und eben so leicht, in jeder Verletzung was immer für einer Vorschrift des Proceßgesetzes eine materielle Rechtsverletzung zu finden. Diese Bestimmung der Proceßordnung ist eine Vorschrift des Verfahrens, einmal überhaupt nach dem Wortbegriffe, weil sie das Proceßverfahren, und zwar in einem sehr wesentlichen, häufig das Schicksal des Processes bedingenden Theile normirt; zweitens nach der von der Pr. Ordn. selbst gebrauchten Terminologie, indem dieselbe in §. 391 ausdrücklich die Unzuläßigerklärung eines Beweismittels als „proceßleitende Verfügung" (welchen Ausdruck das Oberhofgericht gebrauchte) erklärt, hier aber gerade die Nichtzulassung eines Beweismittels, welches gesetzlich zuläßig ist, in Frage steht; drittens endlich, vermög der Aehnlichkeit mit einer Reihe anderer Vorschriften der Pr. Ordn., die unstreitig „Vorschriften des Verfahrens" sind, und bei deren Uebertretung die Zuläßigkeit der Berufung des §. 1175 Nr. 3 außer Zweifel ist. Ich will außer dem §. 393, für welchen derselbe §. 1175 schon vor dem Endbescheid die gleiche Berufung gestattet, und außer den weitern, bereits oben erwähnten Stellen der Pr. Ordn., hier nur beispielsweise auf die §§. 5, 123, 1097, 1165 hindeuten. Wer wollte daran zweifeln, daß bei jeder dieser Vorschriften im Falle der Uebertretung das Rechtsmittel des §. 1175 Nr. 3 Platz greife? Nun darf man aber billig fragen: warum denn die Vorschrift des §. 1221 weniger Vorschrift des Verfahrens, und somit dessen Uebertretung weniger für den §. 1175 Nr. 3 geeignet seyn soll? Oder, warum denn die Verletzung jener Vorschriften nicht eben so gut materielle Rechtsverletzungen seien? daß dies letztere aber nicht die Ansicht des Gesetzgebers gewesen sei, zeigt am anschaulichsten der §. 393 der Pr. Ordn. in Verbindung mit §. 1175 Nr. 2. Man könnte nun freilich einwerfen: wenn die Vorschrift des §. 1221 auch unbestreitbar eine „Vorschrift des Proceßverfahrens" sei, so führe es doch zu weit, wenn man schon darum allein die Berufung des §. 1175 Nr. 3 statuire, indem eigentlich jede Bestimmung der Pr. Ordn. im weitern Sinne eine Vorschrift des Verfahrens enthalte. Hierauf erwiedere ich, daß der einzig vernünftige, aber auch ausreichende Maßstab hierüber in dem L. R. S. 6 k liegt, auf den sich ohnehin das Proceßgesetz auch an einem andern Orte bei ähnlicher Veranlassung (§. 962) beruft; daß aber nach diesem Maßstab die in Frage stehende Formverletzung zu den allererheblichsten und folgereichsten gehört, wie der vorliegende Fall, in welchem die richtige Anwendung des §. 1221 dem Beklagten den Sieg hätte verschaffen müssen, dies deutlich genug zeigt.

Zenner.

Anmerkung der Redaction. Ich muß auch hier (wie in der Note * auf Seite 221 der Annalen von 1835) meine Ansicht dahin aussprechen, daß zwischen dem Satze:

> ein Gericht habe die Vorschriften des Verfahrens verletzt, und dem Satze:
>
> dasselbe habe über die Rechte, welche eine Partei aus Vorschriften des Verfahrens ableitete, eine unrichtige Entscheidung gegeben,

wohl unterschieden werden müsse.

Ich habe gar keinen Zweifel, daß die fragliche Bestimmung des §. 1221 der Pr. Ordn. eine Vorschrift des Ver

Digitized by Google

fahrens, also die in der Ueberschrift dieses Aufsatzes aufgestellte Frage zu bejahen und die Verletzung der Vorschrift des §. 1221 der Pr. Ordn. als die Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens im Sinne des §. 1175 Nr. 3 zu betrachten sei. Aber daraus folgt mir noch nicht, daß im vorliegenden Falle eine solche Verletzung wirklich als vorhanden anzunehmen und darnach gemäß den §§. 1175 Nr. 3 und 1177 die Oberappellation auch ohne Daseyn der Summe zulässig sei.

Mir kommt alles darauf an:

1) ob das Hofgericht den Vorschlag der zwei neuen Zeugen als verspätet erklärte und darum auf die Abhör derselben nicht einging,
2) oder ob es, ohne hierüber zu erkennen, den Zeugenvorschlag lediglich nicht beachtete und mit Umgehung dieses vorgeschlagenen Beweismittels sogleich in der Hauptsache erkannte.

Zu 1. Im erstern Falle, wenn das Hofgericht mit Verwerfung des nachgetragenen Zeugenbeweises das amtliche Urtheil in der Hauptsache bestätigte, hat dasselbe nicht in seinem Verfahren, sondern (sofern man annimmt, die Zeugen wären noch abzuhören gewesen) nur in seinem Erkenntnisse gefehlt.

In der materiellen Entscheidung über die Zulässigkeit des angetretenen Zeugenbeweises läge für den beklagten Produzenten die Beschwerde, nicht aber in dem Verfahren, mittelst dessen das Hofgericht zu diesem Erkenntnisse gekommen ist.

Das Hofgericht hat nur die Rechte, welche der Beklagte aus einer Vorschrift des Verfahrens, nämlich aus dem §. 1221 der Pr. Ordn. für sich (nämlich für die Zulassung seiner neu vorgeschlagenen Zeugen) ableitete, etwa unrichtig beurtheilt, und darnach über diese Rechte des Beklagten ein irriges Erkenntniß gegeben, gegen welches eine Appellation oder Oberappellation auf den §. 1175 Nr. 3 der Pr. Ordn. nicht gebaut werden kann.

Zu 2. Läge aber kein solches Erkenntniß in der Mitte, sondern hätte das Hofgericht, ohne die Zulässigkeit des vorgeschlagenen Beweismittels zu beurtheilen und darüber auszusprechen, dasselbe lediglich unbeachtet gelassen und in der Hauptsache entschieden, so möchte man fragen, ob diese Entscheidung in der Hauptsache auch auf ein gesetzmäßiges Verfahren gebaut sei, ob nämlich das Hofgericht nicht vorher die Zeugen noch hätte abhören lassen oder die Zulässigkeit dieser Abhör wenigstens hätte in Berathung ziehen und darüber erkennen sollen?

Hätte dann das Oberhofgericht gefunden, daß die Zeugen wirklich abzuhören gewesen wären und daß sie das Hofgericht, ohne darüber zu erkennen, dennoch nicht abhörte, also das Verfahren verletzte, so hätte es der Oberappellation nach §. 1175 Nr. 3 und §. 1177 der Pr. Ordn. Statt geben, die Abhör der Zeugen anordnen, sofort nach § 1224 und 1242 der Pr. Ordn. nach dem Ergebniß dieser Beweiserhebung in der Hauptsache selbst erkennen müssen.

D. R.

IV.

Accispflichtigkeit bei Lehensallodifikationen betreffend.

Die evangelische Kirchensektion bewilligte einigen Inhabern von zu Kirchenfonds gehörigen Lehen die Ablösung des Lehennexus und Kanons gegen Abtretung eines Theils der Lehengüter selbst.

Das Amtsrevisorat setzte dem Kirchenfond für diese von demselben hiedurch erworbenen Güterstücke die Accise an, und eine dagegen auf den Grund des §. 2 a des Gesetzes vom 14. Mai 1828, wornach „der Loskauf ... des Lehenkanons ..., so wie des Lehennexus selbst ..", von der Kaufaccise frei zu lassen ist, erhobene Beschwerde wurde von der Steuerdirektion zurückgewiesen, auf ergriffenen Recurs aber vom Finanzministerium unterm 30. Jänner 1836 Nr. 874 erkannt:

„In Erwägung, daß das Gesetz vom 14. Mai 1828, indem es den Loskauf des Lehenkanons und des Lehennexus bei Erb- und Schupflehen von der Kaufsaccise frei erklärt, dabei nach seiner allgemeinen Fassung nicht unterscheidet, ob der Loskauf in Geld oder in Gütern Statt finde, und ob durch denselben das sonst getheilt gewesene Eigenthum in der Hand des Nutzeigenthümers oder aber in jener des Obereigenthümers wieder vereinigt werde;"

„In Erwägung, daß diese aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes folgende Interpretation selbst auch aus der bestimmt ausgesprochenen Intention desselben — „„Befreiung des Grundes von darauf haftenden Dienstbarkeiten"" sich ergibt, da diese Befreiung durch die Erwerbung des vollen Eigenthums, sei es von dem Nutzeigenthümer oder von dem Obereigenthümer bewirkt werden kann;"

„In Betracht endlich, daß hiernach der Obereigenthümer, der die Allodifikation eines Lehens in Gütern gestattet, und für den Werth seines Obereigenthums einen entsprechenden Theil der Lehengüter übernimmt, für den seinem Obereigenthum am ganzen Lehen, also der vollen Allodifikationssumme gleichkommenden Gutswerth accisfrei zu bleiben habe;"

„wird ..... die großherzogliche Steuerdirektion angewiesen, die betreffende Kirchenverrechnung von den bei Allodifikation ihrer Lehen übernommenen Güter bis zum Betrag der Allodifikationssumme accisfrei zu belassen und sonach nur rücksichtlich des dem Nutzeigenthümer durch Darlegung eines Kaufschillings abgekauften weitern Gutswerth mit der Accise zu belasten."

D. R.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 12. Karlsruhe den 19. März 1836.

I.

Oberhofgericht.

Besitzklage wegen Holzberechtigung.

v. Gemmingen gegen Gemeinde Michelfeld.

Seit unvordenklichen Zeiten bezogen beide streitende Theile das Holz, dessen sie bedurften, aus einem Walde der Michelfelder Gemarkung, ohne daß eine Einschränkung in der Ausübung bei damaligem größeren Vorrath von Holz nöthig geworden wäre. So wird dieses Beholzigungsrechtes in einem Vergleiche beider Theile vom Jahre 1575 mit den Worten gedacht: „daß beide Theile sich der Hölzer gebrauchen, und daraus beholzen sollen.“ Erst im Jahre 1809 erwirkte die Gemeinde eine polizeiliche Verfügung der Kreisregierung zur Schonung ihrer Wälder dahin: daß der Grundherrschaft hinfort mehr nicht als jährlich 9 Klafter und 100 Büschel Reisig verabfolgt werden sollte, bis dieselbe im Rechtswege größere Ansprüche geltend gemacht haben würde. Die Grundherrschaft begnügte sich darauf bei dem auf diese Weise bestimmten Quanto, welches sie auch ununterbrochen bisher alljährlich bezogen hatte. Neuerdings verweigerte die Gemeinde jede weitere Verabfolgung von Holz an die Grundherrschaft. Letztere klagte mit der erhobenen Besitzklage beim Unterrichter, ward jedoch von großherzoglichem Hofgericht des Unterrheins abgewiesen:

In Erwägung, daß die Berechtigung, in deren Besitz das klägerische Rentamt geschützt seyn will, ein dingliches Recht — eine Dienstbarkeit und zwar ihrer Natur nach — gemäß Landrechtssatz 688, eine unständige Dienstbarkeit ist;

In Erwägung nämlich:

1) daß diese Berechtigung keineswegs für den Ausfluß eines der Grundherrschaft v. Gemmingen zustehenden Miteigenthums, vielmehr ausdrücklich für das Recht erklärt ist, die streitigen 9 Klafter Holz und 100 Büschel Reisig als eine freie Abgabe aus dem Gemeindewald der Beklagten zu beziehen;

In Erwägung

2) daß dieses Beholzigungsrecht von dem dermaligen Grundherrn nicht blos für seine Person, sondern als eine der Grundherrschaft zustehende, auf den Michelfelder Gemeindewaldungen haftende Last in Anspruch genommen wird;

In Erwägung, daß in dieser Hinsicht der Grundherrschaft nicht entgegen gehalten werden kann, sie habe blos eine Bürgerholzgabe anzusprechen, sohin nur ein rein persönliches Recht, weil dieser Behauptung der klare Inhalt des Sinsheimer Vertrags vom 22. Dezember 1575 entgegen steht, indem hiernach die Grundherrschaft und die Gemeinde, in Beziehung auf die Michelfelder Waldungen, sich dahin verglichen haben:

„daß beide Theile sich der Hölzer u. s. w. gebrauchen und daraus beholzen sollen“;

In Erwägung, daß überdieß die Beklagte in erster Instanz ausdrücklich zugestanden hat, daß es sich hier um eine unständige Dienstbarkeit handle;

In Erwägung, daß sohin in dem vorliegenden Falle eine Besitzklage an sich allerdings zulässig seyn würde;

In Erwägung jedoch, daß nicht alle Erfordernisse einer Besitzklage zum Schutz im Besitz einer unständigen Dienstbarkeit, wie solche in den §§. 747, 750 der Pr. Ordn. aufgestellt worden, vorliegen:

In Erwägung nämlich, daß zwar Beklagterseits zugestanden ist, daß die Grundherrschaft in den letzten Jahren im Besitz des Beholzigungsrechts in dem behaupteten Umfange gewesen sei, und der Gemeinderath von Michelfeld selbst dem Rentamte attestirt hat, daß es noch im Jahre 1833 das geforderte Quantum Holz und Wellen bezogen habe, sohin die Grundherrschaft sich noch in dem, der nicht widersprochenen Besitzstörung zunächst vorhergegangenen Jahr im Besitz befunden hat;

In weiterer Erwägung, daß zwar die vorliegende Besitzklage ihrem Präsentatum nach auch innerhalb Jahresfrist von der Besitzstörung an erhoben worden ist, und

in Erwägung, daß die Grundherrschaft mit Vorlegung

Digitized by Google

des Sinsheimer Vertrags, dessen Aechtheit unbestritten ist, auch den Rechtstitel der behaupteten Dienstbarkeit an sich produzirt, ohnehin aber die Beklagte ausdrücklich zugestanden hat, daß der Grundherrschaft das Beholzigungsrecht in den Michelfelder Gemeindewaldungen an sich wirklich zustehe;

In Erwägung jedoch, daß die Beklagte widerspricht, daß das klagende Rentamt das geforderte Quantum Holz und Büschel anzusprechen habe, sohin die Grundherrschaft die Nachweisung ihres Rechtstitels auch auf den behaupteten Umfang ihres Beholzigungsrechts auszudehnen hatte, was aber nicht geschehen ist;

In Erwägung nämlich, daß der Beklagterseits zugestandene jüngste (und wenn gleich, weil die Beklagte einräumt: die Grundherrschaft habe in den letzten Jahren 9 Klafter Holz und 100 Büschel Reisig bezogen) mehrjährige Besitz den Rechtstitel bezüglich auf das Quantum nicht ersetzen kann, weil bei unständigen Dienstbarkeiten, wo nach L.R.S. 691 nicht einmal der längste Besitz Schutz zu gewähren vermag, der jüngste Besitz allein den Besitzer nicht schützen kann, in so fern nicht sein Besitz durch eine Urkunde, welche als Rechtstitel dienen könnte, unterstützt wird;

In Erwägung, daß eine solche urkundliche Nachweisung in Bezug auf das Quantum hier nicht vorliegt;

In Erwägung nämlich, daß durch das produzirte Zeugniß des Gemeinderaths nicht attestirt wird, was der Grundherrschaft überhaupt gebühre, sondern nur, wie viel sie in einem Jahr bezogen habe;

In Erwägung, daß der Inhalt des ohnehin erst mit der Replik, sohin jedenfalls nach §. 742 der Proceßordnung, verglichen mit §. 674 Nr. 3 zu spät produzirten Steuerzettels der Grundherrschaft hier unerheblich ist, weil Steuerzettel überhaupt ihrem Zwecke nach niemals die Bestimmung haben können, Existenz und Umfang privatrechtlicher Ansprüche und Gerechtsame darzuthun, jedenfalls aber nicht nachgewiesen ist, daß die beklagte Gemeinde oder ihre Vertreter bei der Aufnahme der grundherrlichen Waldberechtigungen, welche der Steuerzettel beurkundet, mitgewirkt hätten;

In Erwägung endlich, daß auch die von der Grundherrschaft erst in appellatorio vorgelegte Urkunde, deren Production übrigens nach §. 1221 der Pr. Ordn. noch statthaft war, den erforderlichen Beweis nicht erstatten kann, weil aus dieser Urkunde nicht hervorgeht und ohne die Acten, auf welche sich deren Inhalt bezieht, nicht klar ist, ob die Administrativbehörde, von welcher diese Verfügung ausgegangen ist, auch competent war, das Quantum des von der Grundherrschaft anzusprechenden Holzes festzusetzen.

Aus diesen Gründen und anlangend den Kostenpunkt, mit Rücksicht auf den §. 169 der Pr. Ordn., wurde, wie geschehen, erkannt.

In der Oberappellation suchte darauf der unterzeichnete Anwalt auszuführen:

I. Daß es der Besitzklage keineswegs an einem Titel für das Quantum des geforderten Holzes mangle, indem vielmehr der von der Klägerin produzirte Titel auch für das Quantum genügsame Bestimmung enthalte; eventuell

II. daß zur genaueren Bestimmung des Quanti jedenfalls der bisherige Besitzstand allein schon ohne anderweiten Titel genügen müsse.

Zu I. Heiße es in dem erwähnten Sinsheimer Vertrag: mit den Waldungen und Hölzern solle es gehalten werden, wie von Alters her; beide Theile sollen sich derselben gebrauchen und daraus beholzen. Dies sei ein uneingeschränktes Beholzigungsrecht, wie solche Rechte Jahrhunderte lang ausgeübt worden, als die Wälder noch weniger Schonung bedurften, und das Bedürfniß der Berechtigten als einziger Maßstab gelten konnte. Deßhalb könne jedoch nicht behauptet werden, es fehle der Berechtigung an einer Bestimmung über die Größe derselben, unter welcher Voraussetzung die Berechtigung natürlich gar keinen Werth haben würde — Lex 75. §. 1. Lex 94. Lex 115. pr. D. de V. O. (45. 1.) — undenkbar wäre, rechtlich gar nicht bestehen könnte, vielmehr sei das Quantum zwar nicht nach Maßen bestimmt, aber doch durch die Verweisung auf das Bedürfniß, auf das eigene redliche Ermessen der berechtigten Theile, in abstracto genugsam definirt, und werde in jedem einzelnen Jahre durch Ausübung des Rechtes zu einer gemessenen Größe.

Letzteres sei jedoch immer nur etwas Zufälliges; die Berechtigung der Grundherrschaft bleibe gemäß dem angeführten Titel eine uneingeschränkte, und keinerlei Ausübung des Rechtes innerhalb der Gränzen eines gewissen Quanti könne einen Besitzstand gegen die größeren Ansprüche der Grundherrschaft (bei etwa verändertem Bedürfniß) bilden. Denn wenn dieselbe auch das eine Jahr 12 Maße, das andere 8, oder vielleicht eine Reihe von Jahren hintereinander dasselbe Quantum bezogen habe, so bleibe diese Beschränkung auf ein bestimmtes Quantum, wie die bloße Ausübung eines jeden Rechtes überhaupt, ohne einen beschränkenden Titel stets eine res meræ facultatis. L.R.S. 691.

Umgekehrt müsse sich aber die Klägerin auf die bisherige Ausübung, als auf einen wahren Besitzstand berufen können, wenn sie behaupte, daß ihr wenigstens so viel gebühre, als ihr seither wirklich zugekommen sei. Denn wenn auch die bisherige Ausübung nicht als ein Besitzstand wider ihren Titel gelten könne, so gelte sie doch, so weit sie durch den Titel colorirt werde.

Wolle man aber die das zu beziehende Holzquantum provisorisch normirende Verfügung der Kreisregierung vom

Digitized by Google

Jahr 1809 als Titel gelten lassen, dann sei ja darin das Quantum der klägerischen Berechtigung mit ausdrücklichen Worten bestimmt. Die Frage über die Competenz der Regierung sei dabei ganz irrelevant. Der Gegentheil habe jene Verfügung erwirkt, und sie als maßgebende Norm betrachtet wissen wollen; er müsse dieselbe auch gegen sich gelten lassen; man könne dieselbe als von ihm ausgehend betrachten. Indem aber darin der Grundherrschaft provisorisch nur 9 Klafter bewilligt wären, seien ihr doch jedenfalls wenigstens neun Klafter als unbestritten zuerkannt, und müsse jener Erlaß in so weit als titre recognitif gelten.

Zu II. Wenn man dann dennoch nach dem Bisherigen der Ansicht seyn wolle, daß es an einem Titel für das Quantum fehle, daß der in dem oben erwähnten Vertrage enthaltene Titel nur für die Berechtigung an und für sich gelten könne, so lasse sich behaupten, daß es eines weiteren Titels nicht bedürfe zur Bestimmung des Quanti, daß hiefür allein die bisherige Ausübung maßgebend seyn dürfe. Das französische Recht erfordere die Beibringung eines Rechtstitels nur, damit nicht ursprünglich precario gestattete Handlungen später als Besitzhandlungen, d. h. als Ausübung eines Rechtes, einer Dienstbarkeit geltend gemacht werden könnten. Die Produktion des Titels habe nur den Zweck, nachzuweisen, daß überhaupt ein Rechtsverhältniß zu unterstellen sei. Toullier II. tit. IV. Nr. 621, 611.

Eine auf diese Weise colorirte Ausübung diene dann immer noch, den vorgelegten Titel zu erläutern, zu ergänzen, und den bestrittenen Anspruch genauer zu bestimmen. Eine solche Ergänzung des Titels müsse unterschieden werden von einer das Maß derselben überschreitenden und deßhalb unzulässigen Ersitzung. Vergl. Toullier a. a. O. Nr. 638 mit 647.

Wenn demnach in vorliegendem Falle der vorgelegte Titel ein Beholzigungsrecht unbestreitbar nachweise, so dürfe das Quantum der Ausübung gewiß durch die bisherige Ausübung normirt werden.

Das hierauf zu Gunsten der klagenden Grundherrschaft ergangene oberhofgerichtliche Urtheil war von folgenden Entscheidungsgründen begleitet:

In Erwägung, daß

1) die Grundherrschaft von Gemmingen Michelfeld gegen die Gemeinde Michelfeld eine jährliche Holzabgabe von 9 Klaftern Scheitholz und 100 Büschel Reisig aus den Gemeindswaldungen in Anspruch nimmt, nicht etwa Kraft eines ihr an den Waldungen zustehenden Miteigenthums, oder als eine bloß auf einem persönlichen Rechte beruhende Bürgerholzabgabe, sondern als ein dingliches Recht, als eine ihrer Natur nach unständige Dienstbarkeit, welche auf den Michelfelder Gemeindswaldungen, als dem dienenden Gute, laste.

In Erwägung,

2) daß die Grundherrschaft von Gemmingen in ihrer Klage vom 25. Jänner 1834 wegen Störung im Besitze dieser bis jetzt bezogenen Holzabgabe sich beschwert, und um Schutz im Besitze bittet;

In Anbetracht, daß

3) die von der Grundherrschaft angestellte Besitzklage an und für sich nach den oben bemerkten thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, zufolge den §§. 743 und 746 der Proceßordnung als rechtlich zuläßig erscheint;

In weiterem Anbetracht, daß

4) es dieser Besitzklage eben so wenig an den gesetzlichen Erfordernissen zur Begründung derselben fehlt, wie solche in den §§. 747 und 750 der Proceßordnung vorgeschrieben sind, indem

a) dieselbe, wie ihr præsentatum nachweiset, rechtszeitig binnen Jahresfrist von dem Zeitpunkt der erfolgten Besitzstörung angebracht worden ist, indem

b) das Zugeständniß der beklagten Gemeinde vorliegt, die Grundherrschaft habe sich noch in den letzteren Jahren im Besitze des fraglichen Beholzigungsrechtes befunden, wie denn auch noch insbesondere der Gemeinderath zu Michelfeld, in einer eigends unter dem 25. Jänner 1834 ausgestellten Urkunde, dem grundherrlichen Rentamte daselbst auf Pflichten bezeugt, dasselbe habe im vorigen Jahre das grundherrschaftliche Berechtigungsbrandholz, in 9 Klaftern Scheitholz und 100 Büschel Reisig bestehend, aus dem dortigen Gemeindewald bezogen, womit dann nachgewiesen ist, daß die klagende Grundherrschaft ein Jahr lang vor der Störung oder dem Verlust ihres Besitzes zurückgerechnet, die Befugniß, welche eine Erbdienstbarkeit ausmacht, ausgeübt habe, indem ferner

c) die erfolgte Besitzstörung selbst rücksichtlich des Holzquantums, wofür der Schutz im Besitz verlangt wird, von der beklagten Gemeinde nicht in Abrede gestellt worden ist, indem endlich

d) wenn auch gleichwohl der jüngste Besitz allein den Besitzer nicht zu schützen vermag, so fern nicht sein Besitz zugleich durch eine Urkunde, die als Rechtstitel dienen kann, unterstützt wird, es an dieser Nachweisung des Rechtstitels mittelst Urkunden nicht gebricht, weil, wenn auch auf die von der Grundherrschaft vorgebrachten Steuerzettel, um da weniger Gewicht gelegt werden will, als solche nach den §§. 742 und 674 verspätet erst in der Replik beigebracht worden sind: diese Nachweisung des Rechtstitels demnach in Wahrheit geliefert ist, und zwar durch den Sinsheimer Vertrag vom 22. Dezember 1575 in Verbindung mit dem Zeugnisse des Michelfelder Gemeinderaths vom 25. Jänner 1834, in welch ersterer Urkunde ohne Beschränkung bestimmt

Digitized by Google

ist, so daß jeder Umfang des Bezugsrechts darin enthalten ist, welches durch das gleich unbeschränkte der Gemeinde als Mitkontrahentin einerseits, und durch die Ertragspflichtigkeit des Waldes andererseits, nicht ausgeschlossen ist, abgesehen davon, daß nach §. 747, verglichen mit L.R.S. 691 nur die Nachweisung des Titels für das Recht selbst, nicht aber für den Umfang des streitigen Besitzes erfordert wird.

In Erwägung alles dessen, ist man, so wie geschehen ist, abändernd zu erkennen bewogen worden.

O.G.Adv. Wedekind.

II.

Ueber die Frage, ob der Gewinn aus verzinslichen Staatspapieren dem Nutznießer oder dem Eigenthümer dieser Papiere gebührt?

Zur Beantwortung dieser Frage ist es vorerst nöthig, den Begriff der Nutznießung festzustellen.

„Sie ist das persönliche Recht, vermöge dessen man die Sache eines Andern unbeschadet ihrer Substanz gebrauchen, und sich die Früchte derselben zueignen darf."

Unser Landrecht gibt zwar (S. 578) diesen Begriff viel allgemeiner, es sagt nur, sie sei das persönliche Recht, fremdes Eigenthum gleich dem seinigen zu genießen ꝛc. ꝛc., allein S. 582 flg. bestimmt näher den Umfang des Genießrechts und des Gebrauchsrechts, und rechtfertigt die Definition, wie solche aufgestellt wurde.

Das Wesentliche des Begriffs ist, daß der Nutznießer von dem Gegenstande seines Rechts nur einen solchen Gebrauch machen darf, welcher die Substanz der Sache (Stand und Wesen, L.R.S. 578) unverändert läßt, und daß er nur einen solchen Genuß daran üben darf, welcher nicht die Sache selbst, sondern nur die Früchte derselben aufzehrt.

Dieß führt von selbst auf die Frage: was sind Früchte einer Sache?

Das Gesetz unterscheidet natürliche, erzogene und bürgerliche oder uneigentliche Früchte; der Begriff der beiden ersten ergibt sich von selbst, sie sind das, was eine Sache entweder aus der ihr innewohnenden Zeugungskraft allein oder mit Beihülfe des Menschen hervorbringt.

Anders ist es mit den bürgerlichen Früchten, diesen kömmt der Name Früchte nur uneigentlich oder allegorisch zu.

Sie sind nicht das Erzeugniß einer Sache, sondern das Einkommen oder der Gewinn, welcher, vermöge bestehender Gesetze oder Verträge, mit dem Besitze einer Sache verbunden ist, und welcher vermöge ausdrücklicher Gesetzesvorschrift rechtlich gleich einer Frucht dieser Sache gelten soll.

Obst, Getreide ꝛc. ꝛc. sind ganz unzweifelhaft Früchte, wenn auch das Gesetz nichts darüber bestimmte; Kapitalzinse, Pachtgelder ꝛc. ꝛc. können aber, ohne eine Bestimmung des Gesetzes, nicht für Früchte des Kapitals oder des Pachtgutes erklärt werden, sie sind wohl etwas Aehnliches, sie haben mit der Frucht das Merkmal gemein, daß sie verzehrt werden können, ohne die Substanz des Kapitals oder Pachtguts anzugreifen, und daß sie in gewissen Zeitabschnitten wiederkehren Fructus est, quid quid ex re nasci et *renasci* solet.

Allein es ist nicht das Pachtgut oder das Kapital, aus welchem die Zinsen entstehen, der Vertrag oder das Gesetz ist die wirkende Kraft, welche den Inhaber der Sache berechtigt, die Zinsen alljährig zu fordern.

Man könnte also eigentlich die Zinsen nur Früchte des Gesetzes, oder Früchte der Verträge nennen; diese Bezeichnung kömmt aber allen Rechten ohne Ausnahme zu, sie kann also zur Unterscheidung der Früchte, von welchen hier die Sprache ist, nicht mehr ausreichen, und, da ohne besondere Gesetzesvorschrift entweder Alles oder Nichts bürgerliche Frucht ist, so dürfen wir nur dem die Benennung bürgerliche Frucht geben, was das Gesetz ausdrücklich dafür erklärt hat.

Dieß sind nun nach den L.R.S. 584 und 588

Hausmiethe und Pachtschillinge,
aufkündliche Kapitalzinse,
Gülten oder Renten, und
Leibrenten.

Da hierunter der Gewinn aus Lotterieloosen oder lotterieähnlichen Staatspapieren nicht begriffen ist, so gehört dieser schon um drßwillen nicht zu den bürgerlichen Früchten.

Dieser Gewinn ist ferner aus dem Grunde keine bürgerliche Frucht, weil es ihm an dem allgemeinen Merkmale der Frucht überhaupt, daß sie wiederkehrt, und durch ihre Perception die Sache selbst unverändert bleibt, fehlt.

Wenn nun der Gewinn aus Staatspapieren keine Frucht überhaupt, und insbesondere auch keine bürgerliche Frucht ist, so folgt von selbst, daß der Nutznießer als solcher diesen Gewinn nicht zu beziehen hat.

Hiermit stimmt auch die Rechtsähnlichkeit der Gesetzesvorschriften in Bezug auf natürliche Früchte überein.

Anschwemmungen, unentdeckte Schätze und Bergwerke, sind Gewinne, welche ganz auf dieselbe Weise einem Grundstücke zukommen, wie einer Staatsobligation der Gewinn einer Prämie. Dort wie hier ist eben so viel Wahrscheinlichkeit für als gegen das Eintreten des Gewinnes, er ist nicht Frucht der Sache, sondern in der That eine Frucht des Zufalls, oder wenn man wieder will, des Gesetzes.

Für Anschwemmungen, Schätze und uneröffnete Bergwerke bestimmt aber das Landrecht S. 596 und 598, daß sie nicht dem Nutznießer, sondern dem Eigenthümer gehören, und nur an den Ersten gibt das Gesetz den Nutznießer den Genuß, an Letzten aber nicht einmal diesen, spricht ihm vielmehr alle Rechte daran ab.

Ich glaube hiernach, daß der Gewinn aus verzinslichen Staatspapieren, welcher erst während der Nutznießungszeit auf denselben fällt, nur dem Eigenthümer der Papiere, und nicht dem Nutznießer, eigenthümlich zukömmt.

Trefurt.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Th. Th Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe den 26. März 1836.

I.

Hofgericht zu Meersburg.

Rechtsfall.

Subrogationsvertrag aus L.R.S. 1250 Nr. 2.

Wenn ein Schuldner zur Heimzahlung einer Schuld ein Anlehen gemacht, und den Darleiher in die Rechte des Gläubigers, dessen Forderung heimbezahlt wird, eingesetzt hat; wenn die Urkunde über das Darlehen von einem Staatsschreiber ausgefertigt, und in derselben ausgedrückt war, daß die Summe zur gedachten Zahlung aufgenommen worden sei; wenn endlich nicht der Schuldner, sondern der Darleiher diese Summe, mit Beifügung der aufgenommenen Urkunde und besonderer Erklärung über die vorliegenden Verhältnisse, dem Gläubiger unter Vermittelung der Amtsreviseratsbehörde von dessen Wohnorte baar anbietet; wenn hierauf der Gläubiger die Summe annimmt; steht es alsdann noch in seinem Belieben, den neuen Darleiher mit einer einfachen Quittung abzufertigen, oder ist er nicht sowohl Kraft Gesetzes als zufolge übernommener Verbindlichkeit verpflichtet, die vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu erfüllen, nämlich, auch seiner Seits vor der Staatsschreibereibehörde, die ihm die Summe auslieferte, zu erklären: daß die Zahlung mit dem Gelde bewirkt wurde, welches der neue Gläubiger dazu hergeliehen hat, um hierdurch dem Vertrage seine volle Gültigkeit zu geben?

So einfach diese Frage und so natürlich ihre Bejahung scheint, so haben doch im gegebenen Falle sowohl das Amt Stockach als das Hofgericht zu Meersburg ausgesprochen, daß der Darleiher gegen den alten Gläubiger kein Klagerecht habe.

Die Entscheidungsgründe des unterrichterlichen Respicienten, womit er auf das dem Amt Stockach vorgetragene Gesuch um Erlassung eines unbedingten Befehles zu Unterzeichnung der fraglichen Urkunde den Ausspruch gab:

„die Klage findet nicht Statt",

werden hier mit Stillschweigen übergangen, da das Obergericht denselben schlechthin nicht beitrat, sondern sein bestätigendes Erkenntniß anders, und zwar (so weit hieher erheblich) in folgenden Entscheidungsgründen motivirte:

In Erwägung, daß die Klage auf keinen andern Thatsachen beruht, als:

a) daß zwischen dem Kläger H. T. und dem A. D. vor dem Amtsreviserat zu N. ein Darleihens- und Subrogationsvertrag geschlossen worden sei, wornach der Erstere dem Letztern die zu Bezahlung eines Kapitals, der Zinsen und Kosten an den Beklagten J. v. K. erforderliche Summe von 871 fl. unter der Bedingung dargeliehen habe, daß der Darleiher in die Rechte des bisherigen Gläubigers eintrete, und

b) daß der Beklagte jene Darleihsumme theils baar, theils durch Aufrechnung aus den Händen des Amtsreviserats Stockach in Empfang genommen habe ꝛc.

In Erwägung, daß alle Verbindlichkeiten entweder auf dem Gesetze, oder auf einer Handlung des Schuldners, Vertrag, Halbvertrag, Vergehen oder Quasidelict beruhen;

In Erwägung, daß der erstgedachte Rechtsgrund, das Gesetz, für die im gegebenen Falle vom Kläger angesprochene Verbindlichkeit nicht vorliegt, indem das Landrecht nirgends, und insbesondere nicht in dem vom Kläger angerufenen Art. 1250, dem Empfänger einer Zahlung die Verbindlichkeit auferlegt, die Quittung darüber vor einem Staatsschreiber auszustellen, und darin zu erklären, daß die Zahlung mit dem Gelde bewirkt worden, welches ein Dritter dazu dem Schuldner geliehen habe. Vielmehr spricht der angeführte Landrechtssatz, ohne den geringsten Zwang gegen den alten Gläubiger zu verfügen, oder diesem irgend eine Verbindlichkeit aufzulegen, nur die Bedingungen oder Voraussetzungen aus, bei deren Daseyn ein Schuldner, welcher zur Zahlung ein Anlehen aufnimmt, den Darleiher in die Rechte des alten Gläubigers gültig oder mit rechtlicher Wirkung einsetzen könne. Von einem Zwang gegen den alten Gläubiger, zur Herbeiführung der Gültigkeit einer solchen Einsetzung mitzuwirken, ist in diesem Gesetze nichts, vielmehr in seinen letzten Worten: „dieser Eintritt bedarf der Zustim-

Digitized by Google

mung des Gläubigers nicht", das Gegentheil, nämlich Befreiung von aller Mitwirkung zur Subrogation zu finden. Weßwegen auch *Toullier Droit civil Français T. VII. Nr.* 131 und Zachariä in seinem Handbuch des französischen Civilrechts §. 321 Note 6, für den Fall der Weigerung des alten Gläubigers, die Quittung in der zur Subrogation des Darleihers erforderlichen Form auszustellen *), den Rath ertheilen, statt der unmittelbaren Zahlung an den Gläubiger, diese durch Hinterlegung nach den Vorschriften der L.R.Sätze 1257 — 1260 zu bewirken.

In Anbetracht, daß zwar allerdings rechtmäßig geschlossene Verträge gleich Gesetzen unter Denjenigen gelten, die sie geschlossen haben, und daß sonach jene Handlung des Beklagten, in so fern sie als factische Zustimmung in einen Vertrag angesehen werden könnte, wornach für die bezahlte Summe die Quittung in der im L.R.S. 1250 bezeichneten Art ausgestellt werden soll, als ein genügender Rechtsgrund für die eingeklagte Beurkundungsverbindlichkeit gelten würde;

In Erwägung aber, daß, damit die Empfangnahme der Zahlung als eine factische Zustimmung des Beklagten in den Vertrag oder in die ihm nun zugemuthete öffentliche Quittung erscheine, nach L.R.S. 1108 b vor oder bei der Zahlung hätte eröffnet seyn müssen, daß die Zahlung nur unter der Bedingung geschehe, daß der Empfänger die Quittung so ausstelle, wie sie jetzt der Kläger verlangt, von welcher Eröffnung und Bedingung vor oder bei der Zahlung in der Klage überall keine Rede ist ꝛc. ꝛc.

A. d. Gr. ꝛc.

Die fürsorglich gegen dieses Erkenntniß ergriffene Oberappellation wurde nicht fortgesetzt, weil der Schuldner sich erbot, unter Ersatz der durchgehends nur in seinem eigenen Interesse aufgewendeten Proceßkosten den neuen Gläubiger genügend zu sichern. Der Rechtsfall scheint indessen in mehr als einer Beziehung der Publicität wohl werth zu seyn.

Die Citate von Zachariä und Toullier beruhen auf irrigen Unterstellungen. Zachariä's Meinung bezieht sich ausschließlich auf den ersten Absatz von Nr. 131 bei Toullier, und hier ist ganz und gar nicht von unserm Falle, sondern davon die Rede, wo der Gläubiger rechtlich genug denkt, um nicht durch Annahme der Summe, die ihm ein Dritter in bewußter Weise anbietet, diesen Dritten um das Seinige zu bringen, folglich, weil er die urkundliche Quittung (gleichviel ob aus vernünftigen oder unvernünftigen Gründen) nicht ausstellen will, den Empfang des Geldes ganz zu verweigern. Weder Toullier noch Zachariä waren gemeint, dem Darleiher um deßwillen zur Deposition der Summe zu rathen, damit nicht der ältere Gläubiger sie ohne weiters an sich nehme, und jenem überlasse, sich nach Gutbefinden mit dem Schuldner auszugleichen. — Hier ist die Stelle bei Toullier:

„Wenn aber, aus Eigensinn oder Unwissenheit, der Gläubiger die Erklärung zu unterzeichnen verweigert, wenn er darauf besteht, in seiner Quittung weder des die Zahlung leistenden noch der geschehenen Subrogation zu erwähnen; dann soll der Schuldner dem Gläubiger die schuldige Summe baar anbieten und ihn auffordern, sie entgegen zu nehmen und darüber die gesetzlich geordnete Quittung auszustellen, unter der Androhung, daß im Weigerungsfalle der Schuldner an bestimmtem Tag und Stunde sich auf das, zu bezeichnende, Depositen-Bureau begeben, und dort die anerbotene Summe hinterlegen werde, wo dann der Gläubiger nach Gutbefinden erscheinen könne."

Hier ist also überall res integra vorausgesetzt, aber auch den gegebenen Fall hat Toullier im zweiten Absatz von Nr. 131 vorgesehen:

„Es wäre nicht einmal nothwendig, zu einer Hinterlegung zu schreiten, wenn der Gläubiger in den Empfang der Summe und die Aushändigung der Schuldurkunden einwilligte, und nur die Unterzeichnung der gesetzlich vorgeschriebenen Quittung verweigerte. Der Notar könnte ein Protokoll über die Thatsachen aufnehmen und beifügen, daß der Gläubiger, nachdem er die Summe angenommen und die Schuldurkunden aufgeliefert, nichts destoweniger, trotz der geschehenen Aufforderung, zu unterzeichnen verweigert habe. Ein solcher Fall würde einen eben so gültigen Rechtstitel der Befreiung und Subrogation bewirken, als ein Depositionsprotokoll."

Den Empfangschein des Beamten des Depositen-Bureaus hält aber der Verfasser für gleich wirksam mit der in Art. 1250, 2 verordneten Notariatsurkunde (Nr. 128 pos. 3 l. c).

Im gegebenen Falle wäre es für den neuen Darleiher eine mißliche Sache gewesen, sich auf die Cautel in Nr. 131 pos. 2 zu beschränken, und es darauf zu wagen, welche der schwankenden Ansichten unserer Gerichtshöfe bei der vielleicht in vielen Jahren zur Sprache gebrachten Frage, ob und welches Pfandrecht er durch jene Cautel sich gewahrt habe? seiner Zeit die Oberhand behalten werde. Nach den Ansichten des hier urtheilenden Gerichtshofes hätte er künftig eben so sachfällig werden müssen, wie er es dermalen geworden ist. Dieser Gerichtshof hat zwar die absolut gesetzwidrige Ansicht des Unterrichters, als wäre die Einwilligung des alten Gläubigers zur Subrogation ein nothwendiges Vertragserforderniß, nicht gerade getheilt, allein er will jene zu einer Handlung der freien Willkühr machen, mit deren Unterlassung lediglich alle

*) Zachariä a. a. O. sagt nur: „Weigert sich der Gläubiger der Erklärung, daß er mit dem Gelde des Darleihers bezahlt worden sei, so ist der Art. 1257 ff. anwendbar."

Digitized by Google

Wirkung des Subrogationsvertrags gegen Dritte hinwegfalle, die also durch eine einseitige urkundliche Erklärung des Darleihers niemals ergänzt werden könnte.

Der Subrogationsvertrag (im engern und richtigern Sinne, vergl. Zachariä Th. II. §. 321 Note 1 Nr. 2) ist ursprünglich im römischen Rechte gegründet: L. 12 §. 8 seq. D. qui pot. in pign. und wird dort successio in pignus genannt. Auch in Frankreich war dieses Rechtsinstitut schon seit Jahrhunderten einheimisch geworden, und zwar unter der aus dem kanonischen Rechte entlehnten Benennung Subrogatio. Von dieser galt der Grundsatz: Subrogatio fit vel *inscio* et *invito* creditore. Zachariä a. a. O. — Rénusson und andere Schriftsteller, sagt Toullier Nr. 128 pos. 2, haben sehr richtig bemerkt, daß der subrogirte Gläubiger sein Recht nicht von dem (ältern) Gläubiger empfange, der nicht mit ihm contrahirt hat ꝛc. Die Einwilligung, die er zu einer Subrogation geben könnte, welche auch gegen seinen Willen geschehen kann, würde ihn nicht verpflichten.

Klar entwickelt Dumoulin bei Toullier (Tract. de usuris) die Grundsätze der Reception der Successio in pignus in Frankreich:

„Nec requiritur istud pactum fieri cum priore creditore, vel eo sciente, sed sufficit fieri cum solo debitore . . . et sic vides, quod iste secundus creditor nullam causam habet a primo, sed solam causam habet a debitore; et tamen succedit in ipsum jus primi.“ (Nr. 276.)

Ferner: „Creditor tenetur facere quod sibi non nocet . . . Non potest denegare quod sine dispendio potest concedere . . . Civili et æquitate naturali facere tenetur, quod sibi non nocet et alteri prodest.“ (Nr. 333, 336, 340.)

„Dies sind“, setzt Toullier hinzu, „die Motive, welche bei den römischen Rechtsgelehrten die Zulässigkeit der Subrogation ohne Einwilligung des Gläubigers bestimmten. Dies ist in gegenwärtiger Materie die wahre Theorie, welche nothwendig entwickelt werden mußte, weil sie zur Auflösung mehrerer praktischen Fragen und Einwürfe dient.“ Toullier Nr. 110.

Indessen dauerten in Frankreich, ungeachtet mehrerer arrêts de règlement der obersten Gerichtshöfe, namentlich des Parlaments von Paris, die Zweifel über die Nothwendigkeit der Zustimmung des alten Gläubigers fort, bis zum Erscheinen des Code, welcher die Förmlichkeiten dieses Rechtsgeschäftes näher bestimmte, und der Mitwirkung des alten Gläubigers ihre genau bezeichneten Gränzen anwies. — „Die vom Richter verordnete Subrogation (Subrogation judiciaire), eine eigene Form des römischen Rechtes, ist also“, setzt Toullier hinzu, „vom Code förmlich verworfen. Ein Richter, welcher heut zu Tage dem Gläuber befehle, seine Rechte abzutreten, oder der die Subrogation „„außer den vom Gesetze ausgedrückten Fällen““ aussprächе, würde sein Urtheil gerechtem Tadel aussetzen.“ Toullier Nr. 113.

Unter der Herrschaft der alten Rechte war die Subrogation bei uns, obwohl gemeinrechtlich, doch durchaus nicht üblich, auch heut zu Tage noch mag sie wohl selten vorkommen. Desto üblicher ist sie in Frankreich, der angeführte bewährte Schriftsteller hat, wie eben gezeigt worden, die der Reception dieser Rechtslehre sowohl, als deren Aufnahme und Modification im Code civil, und endlich der seitherigen praktischen Anwendungen unterlegten Grundsätze so deutlich entwickelt, daß es wahrhaft zu bedauern ist, in unserm Lande, wo dieser Art. des Code unverändert aufgenommen ist, über eine unzweideutige Gesetzesbestimmung eine unnütze Controverse hervorgerufen, und den klaren Gesetzesworten:

> dieser Eintritt bedarf der Zustimmung des Gläubigers nicht (s'opère sans le concours de la volonté du créancier)

die Umdeutung gegeben zu sehen, als bezögen sich dieselben nur auf das gegenseitige Verhältniß zwischen dem Darleiher und Schuldner. Dazu bedurfte es nach L.R.S. 1165 einer besondern Gesetzesbestimmung durchaus nicht, es ist auch oben aus Toullier bereits gezeigt worden, in welchem Sinne die französischen Rechtsgelehrten jene — im Originale noch weit präeiser lautenden — Worte nehmen, ja daß die Miteinwilligung des ältern Gläubigers, wo sie ertheilt ist, oder wenigstens nicht verweigert wird, nur zu Erfüllung der äussern Vertragsförmlichkeiten mitwirkt, zum Wesen des Vertrages aber ganz wirkungs- und bedeutungslos ist.

Nicht bloß zwei außergerichtliche Verfahrungsweisen räth Toullier, welche es (in Frankreich wenigstens) dem alten Gläubiger unmöglich machen, die Rechtswirkung des Subrogationsvertrages gegen Dritte zu hemmen, sondern er anerkennt in den angeführten Worten: außer den vom Gesetze ausgedrückten Fällen, auch ein Klagrecht gegen den widersprechenden Gläubiger. Aber selbst aus einem gänzlichen Schweigen der Rechtslehrer über diese Frage würde der Ausschluß des Klagerechtes so wenig folgen, als bei jedem andern Rechtsgeschäfte, wo ja die unabläßige Wiederholung einer Sache, die sich von selbst versteht, höchst überflüssig wäre. Gibt nun aber der Subrogationsvertrag dem subrogirten Darleiher ein wohl erworbenes Recht, ist die Einwilligung des alten Gläubigers vom Gesetze für etwas Außerwesentliches erklärt, so muß auch ein gesetzliches Mittel vorhanden seyn, denselben gegen seinen Willen zu derjenigen Mitwirkung zu nöthigen, welche ihm bei der

Digitized by Google

Sache nicht erlaſſen werden kann. Es iſt ganz richtig, ein abſoluter Zwang, das Geld anzunehmen, liegt in der Befugniß des Richters nicht, viel weniger in der einer beurkundenden Stelle; es muß immer vorausgeſetzt werden, daß der Gläubiger die durch den Dritten hergeliehene Summe anzunehmen bereit iſt, oder wohl gar ſchon angenommen hat. Es ſcheint nach der angeführten Theorie der franzöſiſchen Rechtslehrer gar nicht einmal unbedingt nothwendig, daß der alte Gläubiger vor oder bei Annahme des Geldes nur gewußt habe, aus weſſen Hand er es empfange (denn auch der Schuldner kann mit ganz gleicher Wirkſamkeit die aufgenommene Summe dem Gläubiger heimzahlen), und welchen Vertrag der Darleiher mit dem Schuldner errichtet habe; denn dieſen Vertrag kann er weder hindern noch befördern. Die Ausſtellung der urkundlichen Quittung darf ihm, als ein Ausfluß der zum Geſetz erhobenen civilis et naturalis æquitas, als etwas quod sibi non nocet et alteri prodest, als eine nothwendige Folge davon, daß der neue Darleiher ſein Recht unmittelbar vom Schuldner erhält, und dieſes Recht ohne alles Mitzuthun des alten Gläubigers perfekt wird, unſtreitig zugemuthet werden. Ohne eine Zwangsverbindlichkeit des alten Gläubigers zu unterſtellen, wäre die Aufnahme einer Notariatsurkunde wie Toullier ſie anräth, niemals zu rechtfertigen.

Nach allem dieſem wird es durchaus nicht nöthig ſeyn, ein wirkliches Vertragsverhältniß zwiſchen dem Darleiher und alten Gläubiger anzunehmen, indem Letzterer ſchon durch den bloßen Empfang des Geldes Kraft Geſetzes zu Ausſtellung der erforderlichen Urkunde verpflichtet wird, ganz ſo, wie jeder Empfänger einer Zahlung Kraft Geſetzes, und ohne daß es dazu eines Vertrages bedürfte, den Empfang beſcheinigen, den Schuldſchein, den er etwa beſitzt, zurückgeben, eintretenden Umſtänden nach ausdrücklich anführen muß, daß er mit einer Kaufſchillings-, mit einer Hypothekforderung bezahlt ſei u. ſ. w. Niemand kann und wird behaupten, die Form dieſer Beſcheinigung hänge vom Ausſteller ab *), er iſt verbunden, ſie ſo auszuſtellen, wie ſie dem Empfänger als Beweismittel überhaupt, und unter den gegebenen Umſtänden insbeſondere dienen kann; er muß Ort, Jahr und Tag beiſetzen, er muß Kapital, Zinſen und Koſten geſondert quittiren u. ſ. f., er muß endlich auf Verlangen, obwohl nicht auf ſeine Koſten, die Aechtheit ſeiner Unterſchrift beglaubigen laſſen. Er muß daher auch ſeine Quittung in Beiſeyn eines Staatsſchreibers und am Schluſſe der ihm vorgelegten Subrogationsurkunde ausſtellen, ſobald dieſe ihm durchaus unnachtheilige Förmlichkeit ihm angeſonnen wird.

Schon die Weiſe, wie das Geſetz die Subrogation zwiſchen Gläubiger und Darleiher (d. h. die Ceſſion) und jene zwiſchen Schuldner und Darleiher (die Subrogation im engeren Sinne) einander gegenüber ſtellt, jene vom Willen des Schuldners und dieſe vom Willen des Gläubigers unabhängig macht, muß lehren, daß daſſelbe, was es zu geben

---

*) Allerdings kann der Gläubiger verbunden ſeyn, bei Empfang der Zahlung die Quittung nach den Umſtänden des einzelnen Falles ſo oder anders auszuſtellen.

Aber wenn er es nicht thut, was iſt die Folge? — Antwort: Die Zahlung kommt (im Privatwege) nicht zu Stande. — Dieſelbe iſt (die Darlegung und Hinterlegung als eine Art Zwangsverfahren vorbehalten) ein freiwilliger Akt zwiſchen dem Zähler und Empfänger. Stellt der Empfänger die Quittung nicht ſo aus, wie der Zähler es haben will, ſo gibt oder läßt dieſer ihm das Geld nicht. Will der Zähler das Geld nur unter Bedingungen hingeben, welche der Empfänger nicht eingehen will, ſo nimmt der Letztere es nicht an.

Ohne gegenſeitiges Einverſtändniß kann alſo eine Zahlung im Privatwege gültig nicht zu Stand kommen, und wenn die Parteien oder ihre Bevollmächtigten bei dem Akte der Zahlung nicht beiderſeits anweſend ſind, ſondern der Zähler das Geld dem Empfänger unter Bedingungen zuſendet, der Letztere aber dieſe Bedingungen nicht eingehen will, aber das Geld dennoch factiſch ſich zueignet und nicht zurückſchickt, ſo verübt er Eigenmacht, er hat auf das nur unter Bedingungen ihm dargebotene Geld kein Recht, und der Zuſender kann auf Rückgabe deſſelben klagen.

Was bleibt hiernach aber, wenn die Parteien über die Bedingungen der Zahlung nicht einig werden,

1) Demjenigen, der doch die Zahlung verlangt,

2) und Demjenigen, der ſich durch Zahlung ſeiner Verbindlichkeit entledigen möchte,

zu thun übrig?

Der Erſtere kann, wenn er ein Recht auf unbedingte Zahlung hat, dieſelbe durch Hülfsvollſtreckung nach den Vorſchriften der Proceßordnung bewirken.

Der Andere kann, wenn er ein Recht auf eine beſtimmte Art von Quittirung oder auf andere Bedingungen hat, und der Empfänger dieſe Bedingungen nicht erfüllen will, zur Darlegung und Hinterlegung ſeine Zuflucht nehmen, und die bei der Darlegung gemachte Erklärung muß, wenn der Zähler zu der angegebenen Zahlungsart oder Bedingung berechtigt iſt, dieſelbe Wirkung haben, wie wenn ſie ſonſt in der Quittung des Empfängers ſelbſt beſcheinigt wäre.

Durch den Akt der öffentlichen Behörde wird hier die vom Empfänger verweigerte beſtimmte Beurkundung oder Beſcheinigung erſetzt, vorausgeſetzt jedoch, daß der Richter bei dem über die Gültigkeit der geſchehenen Darlegung und Hinterlegung entſtehenden Streite die vom Zähler gemachten Bedingungen als rechtmäßig erkenne.

D. R.

Digitized by Google

beabsichtete, auch ganz geben, und nicht durch einen irre führenden Nachsatz illusorisch machen wollte *).

Es ist außer allem Widerspruche, daß die Einwilligung des alten Gläubigers, nicht über die Errichtung des Subrogationsvertrages, sondern über die auszustellende Quittung vor oder bei der Zahlung in Vertragsweise erwirkt werden könne, so augenfällig es ein Irrthum ist, wenn man einen solchen Vertrag für ein gesetzliches Erforderniß hält, um der Subrogation ihre Wirkung gegen Dritte beizulegen.

Allein im gegebenen Falle war ein Vertragsverhältniß zwischen dem Darleiher und Gläubiger ganz unzweifelhaft dadurch eingeleitet worden, daß Ersterer dem Letztern sowohl durch Privatbrief, als durch ein besonderes Schreiben an den Amtsrevisoratsvorstand zu St. welcher die Auszahlung der Summe vermittelte, neben der förmlichen Subrogationsurkunde das Verhältniß eröffnete, und ihn zur Unterzeichnung dieser Urkunde gegen Empfang des Geldes aufforderte. Enthielt die Klagschrift nicht alle diese Thatumstände, so rührte dies daher, weil der Kläger auf einen unbedingten Befehl antragen zu können glaubte, sich daher auf solche Thatsachen beschränken mußte, welche er gleichbald mit öffentlichen Urkunden belegen konnte. Allein auch nachstehende faktische Momente der Klagschrift mußten zur Klagbegründung ausreichen.

Nachdem des abgeschlossenen Subrogationsvertrages ausführlich Erwähnung geschehen, wurde (was in den Entscheidungsgründen mit Stillschweigen übergangen ist) angeführt, daß die darüber errichtete Urkunde an das Amtsrevisorat St. übersandt, und die Summe von 871 fl. theils baar, theils in Aufrechnungsposten beigefügt wurde. Es ward ferner gesagt, daß der Beklagte den Empfang der Baarsendung dem Kläger in einfacher Quittung bescheinigt, die in St. aufzunehmende Amtsrevisoratsbeurkundung dagegen nicht bewilligt, sondern statt deren die der Klage in Urschrift beigelegte protokollarische Erklärung abgegeben habe.

In der Rechtsausführung wurde behauptet, daß der Beklagte durch die ihm in den Formen des L.R.S. 1250, 2 geschehene Befriedigung nunmehr im Falle einer Zwangsverpflichtung zu Ausstellung der fraglichen Quittung sich befinde, daß dies die Bedingung eines Vertrags sei, den der Kläger seiner Seits erfüllt habe, und den der Beklagte nun seiner Seits zu erfüllen rechtswidrig sich weigere.

Wie es sich mit dieser Vertragsbedingung verhalte, war in der Appellationsbeschwerdeschrift näher erläutert worden, und wenn auch nach §. 1233 der Pr. Ordn. bei der Appellation gegen versagte Ladung keine neuen Thatsachen zulässig sind, so war jene Erläuterung keine neue Thatsache, sondern declaratio libelli, wie solche überall auch in erster Instanz nach §. 344 der Pr. Ordn. erlaubt ist. Auf jeden Fall war in der Klagschrift die Behauptung eines Vertragsverhältnisses einer gesetzten Bedingung enthalten, es ist also unrichtig, wenn gesagt wird: daß von einer solchen Eröffnung oder Bedingung vor oder bei der Zahlung in der Klage überall keine Rede sei **)! Unmöglich kann

---

*) Die im L.R.S. 1250 Nr. 2 erwähnte Subrogation bedarf allerdings der Zustimmung des Gläubigers nicht, und der Letztere ist verbunden, wenn die Zahlung wirklich mit dem Gelde des Darleihers geschah, dies in der Quittung auszudrücken. Wenn er aber bei dem Empfange des Geldes diesen Umstand nicht bescheinigen, der Gläubiger aber die Zahlung ohne diese Bescheinigung nicht leisten will: so bleibt dem Letztern nichts übrig, als entweder das zur Zahlung bestimmte Geld zurückzunehmen, oder es in der gehörigen Weise darzulegen und zu hinterlegen.

Dem Gläubiger das Geld zu überlassen, und alsdann gegen ihn mit einer Klage auf Ausstellung der gedachten Bescheinigung aufzutreten, dürfte nur in so fern angehen, als derselbe bei der Annahme der Zahlung selbst zur Ausstellung der verlangten Bescheinigung sich ausdrücklich oder stillschweigend verbindlich gemacht hätte, über die Zahlungsart also ein Einverständniß vorhanden gewesen wäre, und es sich nur um den Vollzug handelte.

D. R.

**) Hier scheint ein Mißverständniß obzuwalten. — In den Entscheidungsgründen ist ausdrücklich gesagt, die Klage sei darauf gebaut, daß zwischen dem Kläger und Beklagten „ein Darlehens- und Subrogationsvertrag geschlossen worden sei, wornach der Erstere dem Letztern die zur Bezahlung eines Kapitals, der Zinsen und Kosten, an den Beklagten erforderliche Summe von 871 fl. unter der Bedingung dargeliehen habe, daß der Darleiher in die Rechte des bisherigen Gläubigers eintrete."

Allein das Hofgericht erklärt, daß es an dem vorausgegangenen Subrogationsvertrag (d. h. an dem Uebereinkommen, daß eine Subrogation geschehen soll) nicht genüge, weil alsdann die Subrogation thatsächlich doch nicht zu Stand gekommen sei, indem der Kläger durch das Amtsrevisorat dem Beklagten das Geld auszahlen ließ, ohne dafür die in der gewünschten Art ausgestellte Quittung entgegenzunehmen, und auch ohne daß der Beklagte dabei diese Quittung überhaupt noch ausstellen zu wollen versprach. Dieses letztere Versprechen hätte nach S. 1108b als stillschweigend abgelegt angenommen werden mögen, wenn der Kläger, oder in seinem Namen das Amtsrevisorat, dem Beklagten bei der Uebergabe des Geldes erklärt hätte, daß er die fragliche Bescheinigung dafür auszustellen habe, und ihm das Geld nur unter dieser Bedingung überlassen werde, und wenn alsdann der Beklagte, ohne dieser Bedingung zu widersprechen, das Geld angenommen hätte.

Eine solche Erklärung oder Eröffnung ist es nun, die das Hofgericht in dem Klagvortrag vermißt, und die nach seiner Ansicht die Klage allein noch begründet haben würde.

Digitized by Google

doch angenommen werden, der Beklagte habe nur dadurch allein verpflichtet werden können, wenn nach den Worten der Entscheidungsgründe ihm vor oder bei der Zahlung eröffnet wurde, daß die Zahlung nur unter der Bedingung geschehe, daß u. s. w. Vom Thatsächlichen eines Vertragsverhältnisses, von Vertragsbedingungen, war genug erwähnt, um, wenn hier noch etwas dunkel zu seyn schien, gebetenermaßen Ladung zu erkennen, und dann bessere Beweise aufzuerlegen, nicht aber die Klage als unzweifelhaft unbegründet zu verwerfen.

Will man die Einwilligung des alten Gläubigers, wenn auch nicht für ein nothwendiges Vertragsrequisit der Subrogation, doch für ein Erforderniß ansehen, welches jedenfalls zur Wirksamkeit des Vertrages gegen Dritte hinzutreten muß, so war auch dieselbe durch Annahme der Summe von Seiten des Gläubigers stillschweigend erklärt. L.R.Zusatz 1108 b. Der Gläubiger hatte, „auf die zur Annahme reife Erklärung des neuen Darleihers" (nämlich das Anerbieten der Summe gegen Unterzeichnung der Urkunde) „solche Handlungen vorgenommen, zu welchen er nur unter Voraussetzung seiner Beistimmung berechtigt seyn konnte" — er konnte sich offenbar nicht berechtigt halten, die Summe anzunehmen, und dem neuen Darleiher das Nachsehen zu lassen, denn in diesem Sinne hatte ihm wahrlich der neue Darleiher keine „annahmsreife Erklärung" gemacht.

Augenscheinlich war also ein unbenannter Vertrag, do ut facias, zwischen dem Kläger und Beklagten duech des Erstern ausdrückliche und des Letztern stillschweigende Erklärung zu Stande gekommen, es mußte nach L.R.S. 1134 dieser Veetrag bona fide vollzogen, nicht nach dem Buchstaben gedeutelt werden, und dem Kläger mußte nach L.R.S. 1184 in seine Wahl gegeben seyn, ob er auf Vollzug oder auf Auflösung dieses Vertrages klagen wollte.

— h —

An der bloßen Erklärung von Seiten des Klägers oder seines Mandataes möchte es aber zur Annahme einer stillschweigenden Einwilligung nicht einmal genügt haben, da ja in der Klagschrift gesagt ist, daß der Beklagte bei dem Empfang des Geldes die fragliche Beurkundung ausdrücklich verweigert und dagegen eine andere protokollarische Erklärung abgegeben habe, von einer stillschweigenden Einwilligung also keine Rede seyn konnte.

Bei diesen Umständen wäre aber der Kläger jedenfalls befugt gewesen, das Geld, über dessen Zahlung und Annahme kein Einverständniß vorhanden war, wieder zurückzunehmen, oder beziehungsweise dasselbe, wenn der Beklagte, ohne die Zahlung in der angetragenen Art anzunehmen, es dennoch eigenmächtig sich zueignete, von ihm zurückzufordern.

D. R.

II.

Entehrende Strafen als Ehescheidungsgrund. Landrechtssatz 232.

In der Plenaesitzung des Oberhofgerichts vom 18. Januar 1836 kam der völlig gleiche Fall, wie solchen die oberhofgerichtlichen Jahebücher pro 1835 S. 33 mittheilen, zur Deliberation, mit der einzigen Abweichung, daß hier der Mann es ist, welcher wegen dritten Diebstahls zu zweijähriger Zuchthausstrafe verurtheilt wurde.

Wäheend nun doet der Gerichtshof die Ehescheidungsklage mit 7 Stimmen gegen 4 verworfen hatte, wurde hier mit 5 Stimmen gegen 4 Scheidung erkannt.

Die Gründe auf beiden Seiten waren im Wesentlichen die, welche in den Jahrbüchern a. a. O. und in den Annalen III. 186 ausgeführt sind; wichtig für die Doktrin scheinen dabei folgende in der Berathung geltend gemachte Sätze.

1) Eine Eeklärung des L.R.S. 232 aus der Eheordnung §. 43 lit. b, wie solche Beauer in seinen Eeläuterungen macht, ist unstatthaft; denn darüber kann wohl nicht gestritten werden, daß der ganze §. 43 der Eheordnung, in so feen als die dort aufgezählten Scheidungsursachen nicht wörtlich im Landrecht erscheinen, durch dieses aufgehoben ist. Daß die alten Scheidungsursachen neben den neuen zufolge L.R.S. 311 a fortbestehen könnten, ist noch nie behauptet worden.

Es könnte also der unzweifelhaft abgeschaffte §. 43 b der Eheoednung nur etwa noch benützt werden um daeüber, wie sich der Begriff dee entehrenden Strafe, und der ihr gesetzlich gleichen, unter dem alten Recht gebildet hatte, und wie er demnach der Gesetzgebung bei Art. 232 vorschweben mochte, eine Auskunft zu erhalten.

Eines wie das andere ist aber unmöglich, weil der §. 43 der Eheoednung darüber, was eine entehrende Strafe sei, durchaus keine Bestimmung gibt. Die Eheordnung sagt nicht: weil die Strafe durch Henkeeshand entehrend, und die fünfjährige Gefangenschaft ihr gleich ist, deßhalb sind diese Strafen Ehescheidungsursachen, sondern sie sagt simpliciter, daß diese Strafen Ehescheidungsuesachen seien, ohne deren nachtheilige Wirkung auf die Ehee des Gestraften und der Rückwirkung dieses Effekts auf Ehegatten als Gesetzesgrund anzuführen. Wir wissen zwae, daß der Strafvollzug durch Henkershand eine simbolische Ehrenentsetzung war; allein dies erfahren wir nicht aus der Eheordnung, sondern aus dem gemeinen deutschen Kriminalrecht *), und eben

*) Das Strafedict kennt den Vollzug durch Henkershand nur bei der wirklichen Todesstrafe, keineswegs aber als schärfenden Zusatz zu andern Strafen. Keine von allen §. 25 flg. aufgezählten Strafen, mit Ausnahme der Todesstrafe, bringt unter Henkers Hand.

Digitized by Google

dieſes belehrt uns, daß es zur Zeit der emanirten Eheordnung außer dem Vollzug durch Henkershand noch andere Merkmale der Infamirung durch eine Strafe gab, wohin denn ganz vorzüglich die ausdrückliche Eheloserklärung gehörte *). Wenn nun aber die Eheordnung von dieſen verſchiedenen als infamirend geſetzlich zu betrachtenden Strafen, nur die durch Henkershand vollzogene als Eheſcheidungsgrund annahm, ſo zeigte ſie deutlich, daß es nicht die entehrende Qualität der Strafe war, in welche man den Grund zur Eheſcheidung ſetzte; ſie zeigte dies noch mehr dadurch, daß ſie in demſelben Satz fünfjäheiges Gefängniß ſchlechthin (alſo gleichviel ob ſolches bürgerliches, peinliches, oder Feſtungsarreſt wäre) als Eheſcheidungsgrund angab. Die Beſtimmung, daß fünfjähriges Gefängniß einer enteheenden Strafe gleich ſei, lag alſo hierin gewiß nicht, ſondern es lag nur das darin, daß fünfjähriges Gefängniß eben ſo wohl als Strafe durch Henkeeshand ein Scheidungsgrund ſei.

Die Gleichheit, welche vor Einführung des Landeechts zwiſchen dee entehrenden Strafe durch Henkershand (nicht jeder enteheenden Strafe) und der fünfjährigen Gefängnißſtrafe Statt hatte, beſtand lediglich in ihrer Fähigkeit, als Eheſcheidungsgrund zu gelten; dieſe Eigenſchaft hatte ſie aber mit allen übeigen alten Eheſcheidungsgründen, mit Herzenshärtigkeit, böslicher Verlaſſung u. ſ. w. gemein, und ſo gut, als man unter der Herrſchaft der Eheordnung ſagen mochte, das fünfjährige Gefängniß ſei der Strafe durch Henkeeshand gleich, eben ſo gut konnte man auch von den andern Scheidungsgründen ſagen, ſie ſeien dieſee Strafe geſetzlich gleich.

Dies wäre aber höchſt uneigentlich geſprochen, denn wenn zwei Dinge nur in einer von vielen geſetzlich beſtimmten Eigenſchaften mit einander übereinkommen, ſo ſagt man von ihnen nicht, daß ſie einandee geſetzlich gleich ſeien, noch viel weniger kann aber ſolches mit Wahrheit dann geſagt werden, wenn die geſetzliche Beſtimmung, auf welcher die theilweiſe Gleichheit beruht, nicht mehr exiſtirt, und wenn das neue Geſetz, in welchem dieſe Rede gebraucht wird, gerade zu dem Zweck gegeben wird, jene alten Vorſchriften durch neue zu verdrängen.

Mit dem Moment, wo das neue Geſetz ins Leben tritt, hört das alte Geſetz, in welchem neben der Strafe duech Henkershand auch fünfjähriges Gefängniß als Scheidungsgrund genannt war, auf, ein Geſetz zu ſeyn; wenn alſo auch in jenem ältern Geſetz die Beſtimmung gelegen hätte, daß ſolche Gefängnißſtrafe der entehrenden Strafe gleich ſei, ſo könnte man im neuen Geſetze davon nicht mehe als von einer geſetzlichen Beſtimmung ſprechen; denn geſetzlich gleich iſt nicht das, was nach dem früher beſtandenen Recht gleich war, ſondern das, was nach dem noch beſtehenden Recht gleich iſt.

Wenn im §. 43 der Eheordnung eine nähere Begriffsbeſtimmung der entehrenden Strafen gegeben wäre, ſo wie z. B. eine Beſtimmung über den Begriff des Ehebruches darin gegeben iſt, ſo möchte man allerdings jetzt in der Entwicklung jenes Begriffs darauf zurückgeeifen; allein darüber, was unſer jetziges Geſetz unter einer der entehrenden geſetzlich gleichen Strafe verſtehe, dürfen wir ein Geſetz nicht befragen, welches mit dem Erſcheinen des jetzigen Geſetzes zu beſtehen aufgehört hat.

Man mag nun freilich unter Berufung auf L.R.S. 1156 und 1156a und Brauers Erläuterungen zu L.R.S. 232 einwenden, daß es die Abſicht des Geſetzgebers geweſen ſei, durch die vom Uetext abweichende Faſſung dieſes Landrechtſatzes die Beſtimmung des §. 43 lit. b der Eheordnung ins Landrecht übeezutragen; allein eine in den Worten des Geſetzes nicht liegende Abſicht des Geſetzgebers kann wohl durch Brauers Erläuterungen wahrſcheinlich weeden, erwieſen iſt ſie dadurch noch nicht; wäre ſie aber auch erwieſen, ſo könnte nach dem angeführten L.R.S. 1156a eine außerhalb des Geſezes erwieſene Abſicht, den Worten des Geſetzes nur dann entgegengehalten werden, wenn in dieſen ein Widerſpruchsſchein odee eine Unerklärlichkeit läge; das eine ſo wenig als das andere kann aber in dem Umſtande gefunden werden, daß der L.R.S. 232 nicht zugleich ſagt, was unter entehrenden und geſetzlich gleichen Strafen zu verſtehen ſei, denn dieſe Beſtimmung gehöet gar nicht ins Civilrecht, es kann alſo auch hier deren Mangel nicht als eine Lücke betrachtet werden. Sie muß im Strafgeſetz geſucht, und falls ſie dort nicht zu finden iſt, abgewartet weeden bis die Geſetzgebung dieſe Beſtimmung ertheilt.

2) So ſehe es nun auch zu wünſchen ſeyn mag, daß die bevorſtehende neue Kriminalgeſetzgebung dieſe Beſtimmung ertheile, ſo fehlt es doch auch nach dem jetzigen Stand der Geſetzgebung nicht an Voeſchriften, aus welchen ſich der Begriff dee enteheenden und der ihnen geſetzlich gleichen Strafen ableiten läßt, und es wird dabei Alles darauf ankommen, ob man nur eine gänzliche, oder auch eine blos theilweiſe Vernichtung der Ehee als Enteheung anſehen will.

In beiden Fällen wüede zwar eine eigentlich entehrende Strafe nur da anzunehmen ſeyn, wo auf ein Vergehen als Strafe der Verluſt dee allgemeinen Bürgerehre geſetzlich angedroht und erkannt iſt *), allein dee Begriff dee dieſen geſetzlich gleichen Strafen würde da fehlen, wo man unter Enteheung nur gänzlichen Veeluſt der Ehr verſteht, während

*) Martin Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 89 flg., vergl. Steafediet §. 40, 52, 53, 54.

*) Strafedict §. 40, 53 — 54.

Digitized by Google

im andern Fall, wenn man auch den theilweisen Verlust der Ehre als Entehrung betrachtet, eine der entehrenden gesetzlich gleiche Strafe die ist, an welche die Gesetze den theilweisen Verlust der allgemeinen Bürgerehre geknüpft haben.

Für die Annahme aber, daß auch eine die Ehre nur theilweise aufhebende Strafe als infamirend zu betrachten sei, spricht die Autorität der neuen Rechtslehrer *) und der gemeine Sprachgebrauch.

3) Es ist nicht, oder wenigstens nicht ausschließlich, die Strafgattung, welche der Eherichter bei dem Ermessen der Entehrung zu erwägen hat, sondern vorzüglich auch das bestrafte Verbrechen. Wenn dieses, wie der oben in Frage liegende wiederholte Diebstahl ein nothwendig vorsätzliches **), ein an sich schon moralische Schändlichkeit verrathendes ist, und wenn dasselbe zugleich mit einer die allgemeine Bürgerehre auch nur theilweise aufhebenden Strafe belegt wurde, so ist der Fall vorhanden, welchen der L.R.S. 232 voraussetzt. In so fern ist denn die Frage, ob eine, als Ehescheidungsgrund angeführte Strafe eine entehrende sei, immer zugleich quæstio facti.

Trefurt.

III.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über Ansprüche dritter Gläubiger auf die Ergebnisse der Vollstreckung; zur Erläuterung der §§. 1072, 1073, 1074 der Proceßordnung.

Für eine Forderung, welche kein Vorzugs- und kein Unterpfandsrecht besaß, hatte der Gläubiger die Einweisung in die Revenüen der Güter seines Schuldners erlangt, und nachdem ihm schon ein Jahrsbetrag dieser Revenüen zugewiesen war, trat ein dritter Gläubiger des Schuldners auf und bat, auf den Grund eines ihm zustehenden Unterpfandsrechts auf die schon mit Beschlag belegten Güter, auf vorgängige Befriedigung seiner Forderung aus den Revenüen seines Schuldners. Der schon eingewiesene Gläubiger hielt ihm aber entgegen, daß das Vollstreckungsverfahren nach §. 1074 schon vollendet sei, und er also dem neuen Gläubiger nicht nachzustehen habe. Allein man erwog. Der §. 1073 läßt die Einsprache des dritten Gläubigers zum Zweck eigener Befriedigung aus den Ergebnissen der von einem andern Gläubiger eingeleiteten Vollstreckung je nach der Verschiedenheit des Anspruchs des dritten Gläubigers nach §. 1072 dann zu, wenn das Vollstreckungsverfahren noch nicht beendigt, oder der erst betreibende Gläubiger nicht schon die Ergebnisse der Vollstreckung wirklich bezogen hat. Der §. 1074 bezieht sich nun nur auf die Erläuterung des im §. 1073 erwähnten Beendigtseyns der Vollstreckung, und erklärt diese Beendigung dahin, daß der erst betreibende Gläubiger bezüglich der hier in Rede liegenden Gefälle aus liegenden Gütern schon eingewiesen seyn muß, und diese Einweisung ist hier allerdings schon vor der Einsprache des neuen Gläubigers geschehen. In so fern wäre daher die Einsprache abzuweisen. Allein der im §. 1073 gemachte Unterschied bezieht sich ausdrücklich auf die im §. 1072 bemerkte Verschiedenheit der Forderungen des neuen Einsprache erhebenden Gläubigers, nämlich auf die Verschiedenheit, ob dieser Forderung ein Eigenthums-, Nutznießungs-, Vorzugs- oder Unterpfandsrecht zusteht, oder ob sie nur eine damit nicht versehene gewöhnliche persönliche Forderung ist, und nur für die letztere Art der Forderungen ist die Einsprache des neuen Gläubigers an die im §. 1073 erwähnte, und im §. 1074 erläuterte, noch nicht geschehene Beendigung des Zugriffsverfahrens gebunden. Hier besitzt aber der neue Einsprache erhebende Gläubiger eine mit Unterpfandsrecht versehene Forderung an den Schuldner, und für eine solche unter den §. 1072 Nr. 1 gehörige Forderung ist die Einsprache des dritten Gläubigers so lange zuläßig, als nicht der erst betreibende Gläubiger die für ihn mit Beschlag belegten Revenüen und Gefälle schon wirklich bezogen hat, was gerade durch die Vorschrift des §. 1074 noch näher dahin verdeutlicht wird, daß zur Abtreibung eines nur eine gewöhnliche persönliche Forderung besitzenden neuen Gläubigers die Einweisung in die Gefälle genügt, während für den unter §. 1072 N. 1 fallenden neuen Gläubiger die schon erhaltene Zahlung verlangt wird. So kann also hier der neue Gläubiger an den erst betreibenden Gläubiger nicht mehr die Herauszahlung der schon vom gemeinschaftlichen Schuldner bezogenen Gefälle seiner Güter verlangen, aber für die künftigen vom erst betreibenden Gläubiger noch nicht bezogenen Gefälle aus den dem neuen Gläubiger verpfändeten Gütern steht diesem Letztern die vorzugsweise Befriedigung nach den §§. 1072, 1073 zu, welche auch ausgesprochen worden ist.

Sander.

---

*) Martin l. c. §. 89.

**) Schon das römische und kanonische Recht macht hiervon die der Strafe inhärirende Infamie abhängig. Martin l. c. §. 90.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 14. Karlsruhe den 2. April 1836.

I.

Hofgericht Rastadt.

Unbeabsichtigte Tödtung eines Menschen durch Fehltreffen eines gegen einen Andern gerichteten Schlags. Ein interessanter Rechtsfall, als Beitrag zur Lehre der culpa dolo determinata.

Joseph Späth und Lorenz Widemer, zwei ledige Pursche von Urloffen, giengen den 3. August v. J. Abends auf der Straße herum, und wie vom Verhängniß getrieben, machte Widemer den Vorschlag, sich noch ein wenig auf das Stroh zu legen, welches vor der Scheuer des Valentin Widemer sich befand. Sie thaten es, schliefen ein, allein Späth hörte bald darauf etwas tappen und stark zuschlagen, fuhr auf, und bemerkte noch einen Mann in der Größe und Kleidung des Martin Langenekert mit einem weißlichen Prügel davon eilen. Er rüttelte nun den Lorenz Widemer auf, dieser gab aber kein Lebenszeichen von sich, und erst bei seinem Aufrichten stöhnte er, und kam nur schwer, nach Hause gebracht, wieder zu sich, ohne weitere Erinnerung aber, als daß er einen Schlag erhalten habe, als er auf dem Stroh gelegen. Die einzig vorgefundene Wunde auf dem rechten Seitenwandbein des Kopfes war von Anfang an von sehr bedenklichen Zufällen begleitet, welche sich immer mehr und mehr verschlimmerten, so daß der Verwundete den 9. August, also sechs Tage nach der Verwundung, starb. Bei seiner Section fand sich unter der äußern Quetschwunde eine zwei Zoll lange Fractur des Schädels, und unter dieser mehrere Extravasette, und selbst Zerstörungen der Hirnmasse, so daß das Physikat und der Medicinalreferent die Wunde ohne Bedenken für absolut tödtlich erklärten.

Da Joseph Späth alsbald den Martin Langenekert als Thäter bezeichnet hatte, auch erhoben wurde, daß dieser dem Joseph Späth feind war, so wurde Martin Langenekert am 5. August eingezogen, und gestand, nach einigem Läugnen, am 11. August zu, daß er der Thäter seie. Er gab den Vorfall dahin an. Auf Joseph Späth habe er einen Zorn gehabt, weil dieser ihm, seiner Meinung nach, einen Greifel (Handgriff) am Strohstuhl seiner Mutter entwendet habe. Er habe ihm nun am 3. August Abends begegnet und den Entschluß gefaßt, ihn zu schlagen, daraufhin einen geschälten eichenen Prügel, ungefähr 2 Zoll dick, aus seinem Holzvorrath genommen und den Späth aufgesucht, ihn auch neben einem Andern auf dem Stroh vor Valentin Widemers Scheuer schlafend gefunden. Er habe sich nun vor Beide hingestellt, und den Späth auf den Rücken schlagen wollen, aber den Andern auf die rechte Seite des Kopfes getroffen. Er habe noch einmal zugeschlagen, und den Andern wieder getroffen, er wisse nicht wohin, doch gewiß nicht auf die nämliche Stelle des ersten Schlags, Späth seie auf einen von dem Andern ausgestoßenen Schrei aufgesprungen, und er davon. Er bleibt dabei stehen, daß er nur den Späth auf den Rücken habe schlagen wollen, und nur aus Unachtsamkeit den Widemer getroffen habe. Späths Aussagen treffen in Manchem hiermit überein, nur sind sie in Beschreibung der Lage Widemers zu seiner eigenen darin von der Beschreibung durch Langenekert verschieden, daß nach letzterer Beschreibung, nicht aber nach jener Späths, Langenekert den Widemer auf den Kopf treffen konnte, wenn er den Späth auf den Rücken zu schlagen beabsichtigte. Sonst wurde in der Untersuchung nichts weiteres erhoben, als daß Langenekert allerdings auf den Späth, und wahrscheinlich (denn was kann auf der Welt ohne Bezug auf die Weiber geschehen) aus Eifersucht wegen eines Mädchens, einen Haß hatte, und ihn schon früher einmal prügeln wollte. Dagegen ist auch nicht die leiseste Vermuthung vorhanden, daß Langenekert gegen den getödteten Widemer irgend etwas im Schilde führte. Hinsichtlich des Lichtes zur Zeit der That sind die vernommenen Personen in so weit einig, daß es nicht gerade hell, doch auch nicht finster gewesen seie, und man immerhin Jemanden zwar in der Ferne deutlich kommen, jedoch nicht leicht habe erkennen können.

Auf den Grund dieses Ergebnisses der Untersuchung erachtete nun der Referent nach der Verordnung vom 5. Dezember 1803 zwar keinen vorsätzlichen Todschlag als vorhanden, indem der Inquisit nicht die Absicht gehabt habe, den Späth

Digitized by Google

zu tödten, dagegen hielt er einen muthwilligen Todschlag aus Jachheit und Zorn nach jener Verordnung in jeder Weise für vorliegend, weil der Inquisit, in Betracht des schweren Prügels, mit Anwendung des gesunden Menschenverstandes leicht hätte einsehen können, daß seine Handlung den Tod eines der Schlafenden herbeiführen könne, wo er mithin in Ausübung seiner That die roheste Unbesorgtheit um Menschenleben an den Tag gelegt habe. Es erscheine unerheblich, daß Inquisit den Späth auf den Rücken und den Widemer gar nicht habe schlagen wollen, denn er hätte seine Absicht durch die darnach eingerichtete Ausführung erreichen können, und die Unterlassung dessen seie gerade das grobe Verschulden, welches bei dem muthwilligen Todschlag erfordert werde. Ueberdies seie es nach der den Vorzug verdienenden Beschreibung der Lage Beider, durch den Späth, unrichtig, wenn Inquisit behaupte, daß er den Späth nur auf den Rücken habe schlagen wollen, weil er alsdann nach dieser Absicht und in der von Späth beschriebenen Lage den Widemer gar nicht habe auf den Kopf treffen können. Immerhin bleibe die gröbste dem dolus nahe kommende Verschuldung auf der Seite des Inquisiten, weil er mit Anwendung des gesunden Menschenverstands habe erkennen müssen, wie leicht er den einen oder den andern der Schlafenden tödtlich treffen könne, also immerhin die rohe Unbesorgtheit um Menschenleben vorliege, was bei dem Umstand, daß Inquisit den Späth oder Widemer nicht habe tödten wollen, den Todschlag nicht zu einem nur verschuldeten, sondern nur zu einem nicht vorsätzlichen mache. Es ward nach dieser Auseinandersetzung auf Erkennung der Todesstrafe wegen muthwilligen Todschlags aus Jachheit oder Zorn, jedoch auch zugleich auf Begnadigung zu einer Strafe von 20 Jahren Zuchthaus angetragen, womit denn der Legent und Instructivvotant vollkommen übereinstimmte.

Bei der im Plenum des Gerichtshofs vorgenommenen Abstimmung ward aber dagegen von einem Votanten alsbald bemerkt: Es scheint mir, daß man hier die Begriffe des vorsätzlichen, des muthwilligen Todschlags aus Jachheit und Zorn, und des verschuldeten Todschlags, wie sie unsere Partikulargesetzgebung aufstellt, mit einander vermengt und verwechselt, und doch kann nur ihre richtige Unterscheidung und die genaue Aufstellung ihrer besondern Merkmale eine richtige Beurtheilung des Verbrechens herbeiführen und begründen.

Betrachtet man nun die Verordnung vom 5. Dezember 1805, so setzt sie für beiderlei Arten der dort unterschiedenen Todschläge die erfolgte Tödtung, den auch hier unzweifelhaft vorliegenden objectiven Thatbestand, zur ersten Bedingung ihrer Strafen, sie stellt aber für den vorsätzlichen und den nur muthwilligen Todschlag den Hauptunterschied fest, daß sie für den ersten die bewiesene Absicht zu tödten, den animus occidendi, zum Thatbestande verlangt, während sie bei dem nur muthwilligen Todschlag mit der bewiesenen Absicht, dem Andern, d. h. dem Getödteten ein Leiden zuzufügen, mit dem animus lædendi, sich begnügt, jedoch dabei verlangt, daß der Thäter mit Anwendung des gesunden Menschenverstands hätte einsehen können, daß es bei Unternehmung seiner mit dem animus lædendi gegen den Andern begleiteten Handlung nicht in seiner Macht stehe, eine bis zur Ertödtung fortschreitende Wirkung zu verhindern. Unter dieser Voraussetzung wird also bei gleicher Bestrafung des vorsätzlichen und des nur muthwilligen Todtschlags der animus lædendi dem animus occidendi gleichgestellt, es wird aber auch für beide Fälle zum Thatbestande derselben vorausgesetzt, daß der animus occidendi oder lædendi gegen einen Andern, und zwar gegen den Getödteten, als das sich vorgesetzte passive Subject des Verbrechens gerichtet war, wie gerade für den nur muthwilligen Todschlag deutlich genug damit vorgeschrieben wird, daß zweimal von der Absicht, dem Andern ein Leiden zuzufügen, die Rede ist, und dieser Andere, gegen den also der animus lædendi bestehen muß, kein Anderer seyn kann, als der Getödtete. Dieser Hauptbestandtheil des Thatbestands, der nur muthwilligen Tödtung, die Absicht des Inquisiten, dem Getödteten, dem Lorenz Widemer, ein Leiden zuzufügen, fehlt aber gerade hier, denn diesem Lorenz Widemer wollte Inquisit erwiesenermaßen kein Leiden zufügen, gegen ihn hatte er gar nichts Böses im Sinn. Betrachtet man nämlich das Ergebniß der Untersuchung, so geht das alsbald abgelegte, seinem Inhalt nach mit den übrigen Erwiesenheiten des Verbrechens übereinstimmende Geständniß des Inquisiten nur auf eine Absicht, den Joseph Späth auf den Rücken zu schlagen, und eben weil es im Uebereintreffen mit den sonstigen Vorkommenheiten der That sich als ein wahres erwiesen hat, ist es auch in Beziehung dieser nur gegen Joseph Späth gerichteten Absicht als wahr anzunehmen. Ueberdies haben die weiters erhobenen Umstände der That auf das Bestimmteste herausgestellt, daß Inquisit gegen den Joseph Späth wahrscheinlich aus Eifersucht einen Groll hegte, und da in Beziehung auf den Lorenz Widemer auch die leiseste Vermuthung mangelt, daß Inquisit gegen diesen irgend etwas Böses im Schilde führte, so muß man wohl als unzweifelhaft annehmen, daß er allerdings nur den Joseph Späth, nicht aber den getödteten Lorenz Widemer schlagen und treffen wollte, und daß er auch gegen den Joseph Späth nicht die Absicht zu tödten hatte. Man will zwar darauf Gewicht legen, daß nach der Beschreibung der Lage Späths und Widemers durch Späth der Inquisit den Lorenz Widemer gar nicht habe auf den Kopf treffen können, wenn er den Joseph Späth auf den Rücken schlagen wollte, und daß gegen die von dem Inquisiten gegebene, diesen Erfolg möglich darstellende, Beschreibung der Lage Beider durch den Inquisiten die Beschreibung

Digitized by Google

Späths als die eidliche Aussage eines Zeugen vorzuziehen seie. Allein das ist bei näherer Betrachtung der Sache doch nicht anzunehmen, denn abgesehen davon, daß es sehr zu bezweifeln ist, daß Späth bei der Niederlegung auf das Stroh sich so bestimmt von seiner und des Widemers Lage überzeugt und vergewissert haben wird, so ist so viel sicher, daß er und Widemer geschlafen haben. Nun ist es aber eine allbekannte Erfahrung, daß man sich im Schlaf unbewußt seiner herumwälzt und seine Lage verändert, und bedenkt man nun, daß Lorenz Widemer auf den ersten Fehlschlag des Inquisiten sich etwas zurückgezogen, also seine Lage verändert hat, daß ferner Späth auf den zweiten Schlag aus dem Schlaf aufgefahren und aufgesprungen ist, so wird man gar nicht annehmen können, daß er bei dem Auffahren und Aufspringen seiner Lage gegen Widemer und der Lage Widemers gegen ihn alsbald seine alleinige Aufmerksamkeit geschenkt hat. Im Gegentheil sah er bei seinem Erwachen alsbald einen Menschen davon eilen, sah ihm also nach, beschäftigte sich sodann mit Aufrichten des Widemers, und da er selbst vorher geschlafen hat, so wird es ihm gar nicht möglich gewesen seyn, Widemers und seine Lage bei dem Schlagen des Inquisiten mit Sicherheit zu bestimmen. Es muß daher das sonst mit den Vorkommenheiten des Vorfalls übereinstimmende Geständniß des Inquisiten auch in dieser Beziehung als wahr angenommen werden, und zwar um so mehr, als er ausdrücklich angibt, daß er unter den beiden Schlafenden, vor welche er sich hingestellt hatte, den Joseph Späth sehr wohl erkannt habe, er sich also seiner Lage vergewissert haben muß.

Unter diesen als erwiesen anzunehmenden, deßhalb der Beurtheilung der That des Inquisiten zu unterstellenden Umständen des Vorfalls, hat also der Inquisit gegen den Getödteten gar keine Absicht gehabt, ihm ein Leiden zuzufügen, sondern nur den Späth schlagen wollen — fecit quod noluit, non fecit, quod voluit — und da nun der muthwillige Todschlag als Hauptmerkmal seines Thatbestands den animus lædendi gegen den Getödteten voraussetzt, dieser aber gänzlich fehlt, so liegt bezüglich der erfolgten Tödtung eine gänzlich unbeabsichtigte That, eine sträfliche Verschuldung vor, indem die Tödtung des Widemers bei der gegen den Joseph Späth gerichteten Handlung des Schlagens aus Unvorsichtigkeit entstand. Man könnte zwar glauben, daß der von der Verordnung vom 5. Dezember 1805 darein gesetzte muthwillige Todschlag, daß der Thäter bei Anwendung des gesunden Menschenverstands eine bis zur Tödtung fortschreitende Wirkung seiner Handlung hatte voraussehen können, hier deßhalb vorliege, weil der Inquisit hätte voraussehen dürfen, daß er den neben dem Joseph Späth liegenden Lorenz Widemer treffen, und in der Stärke des Schlags mit gewichtigem Prügel tödten werde; es scheint auch, daß man darauf hauptsächlich das Vorhandenseyn des muthwilligen Todschlags gebaut hat, allein eine nähere Beleuchtung dieser Unterstellung wird alsbald ihre Grundlosigkeit zeigen.

Bei dem muthwilligen Todschlag nimmt nämlich der Gesetzgeber selbst den Mangel des animus occidendi an, und indem er ihn doch in der richterlichen Aburtheilung und Bestrafung dem vorsätzlichen mit dem animus occidendi begleiteten Todschlag gleichstellt, ob schon dieser bei der gröſsern Stärke des gerade auf Tödtung gerichteten rechtswidrigen Entschlusses auch ein schwereres Verbrechen ist, findet er den Grund der Gleichstellung in der rohen Unbesorgtheit um Menschenleben, welche zu der beabsichtigten und in dieser Absicht ausgeführten Handlung, einem Andern ein Leid zuzufügen, hinzugekommen ist, und eben weil die Absicht der den Tod eines Menschen veranlassenden Handlung in dem Entschluß, ihm ein Leiden zuzufügen, rechtswidrig ist, konnte auch der Gesetzgeber ihre unvorsichtige bis zur Tödtung des Andern fortschreitende Vollführung gleich der beabsichtigten Tödtung anrechnen. Es muß daher nicht nur eine in sich unvorsichtige Handlung mit dem Erfolg der Tödtung eines Menschen vorhanden seyn, sondern diese unvorsichtige Handlung muß aus der rechtswidrigen Absicht, dem Andern ein Leiden zuzufügen, entstanden, und in ihrer Vollführung gegen den Getödteten muß sie mit der Absicht, ihm ein Leiden zuzufügen, verbunden seyn. Hier nun liegt zwar der rechtswidrige Entschluß, den Späth zu schlagen, vor, allein in der Vollführung dieses Entschlusses wurde Widemer getroffen, gegen welchen keine Absicht zu schlagen bestand, und wenn zwar allerdings in dieser Art der Ausführung auch eine rohe Unbesorgtheit um Menschenleben liegen mag, so ist diese doch nicht zu der weiters erforderlichen Absicht, dem Getödteten ein Leiden zuzufügen, hinzugekommen, und damit als verbunden zu erachten, sondern sie ist bezüglich des getödteten Widemers ganz allein stehend vorhanden, indem gegen ihn nur die unvorsichtige Handlung, nicht aber die zum Thatbestand der muthwilligen Tödtung hauptsächlich gehörige und in der That mit verbundene Absicht, ihm ein Leiden zuzufügen, im Inquisiten aufzufinden ist. Es liegt hier eine bloße, wenn schon grobe, culpa vor, wie sich auch aus den Lehren des gemeinen deutschen Kriminalrechts ergibt. Vergleicht man nämlich die Erfordernisse der nur muthwilligen Tödtung mit den Lehren des Kriminalrechts, so sieht man alsbald, daß der muthwillige Todschlag, indem er als Tödtung bestraft wird, obschon der dolus dazu, der animus occidendi, mangelte, schon an und für sich ein kulposes Verbrechen ist, welches nur deßwegen mit dem vorsätzlichen Todschlag gleich gestraft wird, weil es durch die rechtswidrige Absicht, den Getödteten zu schlagen, vermittelt und herbeigeführt wurde, daß es also ein Vergehen ex culpa dolo determinata ist, wo der dolus in der Absicht den Getödteten nur zu schlagen, und die culpa in dem bis zum Tod vorangeschrittenen vorhersehbaren Erfolg liegt. Wenn aber nun schon in Vollführung der beabsichtigten Handlung zu schlagen, also in dem dolus, welcher die strenge Strafe der culpa vermittelt, selbst wieder eine culpa vorkommt, wenn nämlich ein Anderer getroffen wird, den man gar nicht treffen will, so fehlt jede rechtswidrige Absicht. Das hier vorliegende, an sich schon an die Voraussetzung einer culpa dolo determinata gebundene Vergehen des muthwilli-

Digitized by Google

gen Todschlags wird so zu sagen noch einmal mit einer culpa versetzt und multiplizirt, und das Ergebniß dieser Multiplikation ist die rein kulpose Begehung jenes Verbrechens, welches sonst für sich aus einer durch dolus determinirten culpa begangen wird, es enthält also eine reine doppelte culpa. Die eine culpa liegt nämlich in dem ohnedies unbeabsichtigten Erfolg der Tödtung, und die andere culpa in dem nicht beabsichtigten Schlagen und Treffen des getödteten Lorenz Widemers. Hätte der Inquisit die wirkliche Absicht gehabt, den Joseph Späth zu tödten, so würde man ihn, wenn er den Lorenz Widemer wie jetzt getroffen hätte, auch nicht des vorsätzlichen Todschlags für schuldig befunden haben, sondern nur eines culposen, und da er nicht einmal den Joseph Späth tödten wollte, sondern ihn nur zu schlagen beabsichtigte, ihn aber gar nicht traf, sondern den Lorenz Widemer, gegen welchen er nichts im Schilde führte, so ist das Ergebniß abermals ein culposer Todschlag.

Culpose Thaten sollen nun in der Regel bürgerlich bestraft werden, wenn nicht die andere beabsichtigte That, wobei die Unvorsichtigkeit eintrat, selbst schon ein peinliches Vergehen enthielt. Bedenkt man nun, daß Inquisit den Joseph Späth Nachts und schlafend mit einem schweren eichenen Prügel, also mit einem schädlichen Instrument schlagen wollte, und ausweislich der starken Verletzung des Widemers mit vieler Kraft zugeschlagen hat, so wird man wohl berechtigt seyn, hier das beabsichtigte Vergehen der Verwundung mit schädlichem Instrument, also ein peinliches Vergehen, dem Inquisiten zur Aburtheilung seiner sträflichen Verschuldung zu unterlegen, und bedenkt man weiters den schweren Erfolg der That, und die große Unvorsichtigkeit, bei Nacht auf einen Schlafenden zuzuschlagen, neben welchem ein Anderer schläft, so wird man auch eine grobe Unvorsichtigkeit, eine sehr sträfliche Verschuldung, annehmen, und also auf Zuchthausstrafe erkennen dürfen, worin Votant selbst bis auf acht Jahre zu steigen können glaubt, weiter aber deßhalb nicht zu gehen gesonnen ist, weil zehn Jahre Zuchthaus das gewöhnliche Maß ist, bis zu welchem die nur muthwilligen Todschläger im Gnadenweg bestraft werden, und weil er im Nichtanerkennen des Vorhandenseyns eines muthwilligen Todschlags unter diesen zehn Jahren Zuchthaus bleiben müsse.

Den Begriff des muthwilligen Todschlags, ward noch weiter bemerkt, kann man übrigens hier nicht noch damit finden, daß man etwa einen dolus eventualis im animus lædendi damit annimmt, daß man unterstellt, als seie es dem Inquisiten gleichgültig gewesen, wohin er schlage und wen er treffe, denn sein Geständniß geht nur auf die bestimmte Richtung des Schlags gegen den Rücken des Joseph Späth, und schließt also die Unbestimmtheit des verbrecherischen Entschlusses, überhaupt irgend einen der Schlafenden zu schlagen, aus. Eben so wenig könne man von einer vermeintlich vollführten That im Sinne der Beisätze zu §. 93 des Strafedicts sprechen, denn diese unterstellt die Vorkommenheit, wo Einer seine beabsichtigte That ganz nach seinem rechtswidrigen Entschluß vollführt, und nun nur durch einen außerhalb des Wissens des Verbrechers liegenden Irrthum seine Absicht im wirklich eintretenden Erfolg der That doch nicht erreicht. Eine solche vermeintlich vollführte That wäre hier dann vorgelegen, wenn Inquisit den getödteten Widemer für den Joseph Späth, den er schlagen wollte, angesehen, und in diesem Irrthum auf ihn losgeschlagen, ihn auch getroffen hätte. Dann wäre freilich die ganze rechtswidrige Absicht des Inquisiten vollführt worden, und dann läge allerdings ein muthwilliger Todschlag vor. Allein eben weil Inquisit den Widemer gekannt, und nicht gegen ihn zu schlagen beabsichtigt hat, so liegt hier kein Irrthum, sondern nur ein unvorsichtiges Schlagen vor, und darin nur eine wenn schon große culpa, welche als solche die für die vermeintlich vollführte That sonst festgesetzte Aussprache der ordentlichen Strafe ausschließt.

Diese hiernach zusammengestellte nur den Thatbestand einer sträflich verschuldeten Tödtung anerkennende Meinung, für welche sich alsbald mehrere Stimmen erklärten, gewann die Majoriät der Votanten um so mehr, als sich ein anderer Votant erinnerte, daß im Archiv des Criminalrechts III. Bd. Abhandlung XXI. ein Aufsatz Gesterdings stehe, welcher die hier vorgekommene interessante Thatfrage abhandle, und sich ebenfalls im Sinne des gemeinen deutschen Strafrechts in einem solchen Fall für das Vorhandenseyn des nur culposen Todschlags erkläre. Sieben Votanten stimmten nun für die Beurtheilung des Vergehens des Inquisiten als sträflich verschuldeten Todschlag, aber nur zwei von ihnen blieben mit dem ersten Votanten unter 10 Jahren Zuchthaus, und vier andere stimmten nach Lage des Falls auf 10 Jahre Zuchthaus. Der Referent und der Legent und mit ihnen drei weitere Votanten fanden aber in der That des Inquisiten unangesehen dieser hier entwickelten Ansicht immerhin einen muthwilligen Todschlag aus Jachheit und Zorn, und beharrten theils auf dem gestellten Strafantrag, theils traten sie ihm bei. Da nun zu einer bestimmten Strafe von zwölf Votanten die absolute Majorität fehlte, indem drei höchstens auf acht Jahre, vier auf zehn Jahre, und fünf auf Todesstrafe stimmten, so wurde nach einer bekannten Justizministerialverfügung verfahren, wornach die auf die höhern Strafen Stimmenden den auf geringere Strafen Antragenden so lange beigezählt werden, bis eine absolute Majorität herauskommt, und somit Inquisit mit neun Stimmen gegen drei zu zehn Jahren Zuchthaus verurtheilt.

Nachtragen will ich aber der hier entwickelten Ansicht noch, daß nach dem Zusatz 89 zu §. 93 des Strafedicts es gar keinem Zweifel unterworfen werden kann, wenn man die dem muthwilligen Todschlag aus Jachheit oder Zorn gewiß unterliegende grobe Verschuldung, oder den mittelbaren Vorsatz, die culpa dolo determinata, auf die wirklich eingetretene und vollführte beabsichtigte Handlung, den Getödteten zu schlagen, beschränkt, denn dorten wird gerade das Beispiel des nur muthwilligen Todschlags angeführt; wenn Jemand, der einen Andern mit tödtlichen Waffen nur mißhandeln will, ihn tödtet. Also den muß er tödten, welchen er nur mißhandeln will, nicht aber jenen, dem er gar nichts zu Leid thun, weder tödten noch mißhandeln will.

Sander.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 15. Karlsruhe den 9. April 1836.

I.

Oberhofgericht.

Kompetenzfrage: In Sachen der Standesherrschaft Leiningen gegen den großherzoglichen Fiskus; Zahlung von jährlich 5500 fl. Besoldungsbeitrag für niedere Forstdiener.

Zur Erläuterung des §. 4 der Proceßordnung.

Auf eine vor dem Hofgericht am Unterrhein erhobene Klage, deren Inhalt in den unten folgenden Entscheidungsgründen angegeben ist, erkannte dieses, daß dieselbe wegen Unzuständigkeit der Gerichte vor demselben nicht Statt habe, die klagende Standesherrschaft ergriff hiergegen die Appellation an den obersten Gerichtshof, und dieser sprach auf Verhandlung der Sache in öffentlicher Sitzung die Kompetenz der Gerichte und Rückweisung der Sache an den Unterrichter nach §. 1238 der Pr. Ordn. aus, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Die vorliegende Klage, welche auf Fortleistung des zugesicherten provisorischen Beitrags der Staatskasse zu den Besoldungen und Pensionen der Förster, Unterförster und Waldaufseher im Fürstenthum Leiningen mit jährlich 5500 fl. bis zur näheren Ausgleichung und Abrechnung, nebst 5 pCt. Zinsen von der jedesmaligen Verfallzeit an, gerichtet ist, gründet sich:

1) auf das am 14. Mai 1813 erlassene landesherrliche Edikt über die Rechtsverhältnisse der Standesherren, welches diesen und unter ihnen auch dem Herrn Kläger die Verwaltung in Kriminal-, Civil-, Rechts-, Polizei- und Regierungs-Sachen abnimmt, und mit Vortheil und Lasten auf den Staat überträgt, demzufolge in den §§. 4 und 5 bestimmt, „daß die activen eeinen Justiz- und Polizeibediensteten sofort in ausschließlichen Staatsdienst übergehen, wogegen die gemischten, d. h. die standesherrlichen Diener, welche zugleich zu Renteigeschäften angestellt sind, in Bezug auf Justiz- und Polizeigeschäfte zwar ihres dem nähern Dienstherrn geleisteten Eides entbunden seien, aber wegen der Renteigeschäfte solchem unterliegen bleiben, „bis eine Uebereinkunft mit ihnen und ihrer Dienstherrschaft bestimmt haben wird, welchem Dienst sie künftig allein angehören.““

2) Die Klage stützt sich weiter auf die Thatsache, daß hinsichtlich der zu den gemischten gehörenden Forstdiener, nämlich der Förster, Unterförster und Waldaufseher, welche nicht ausschließlich zur Forstpolizei, sondern zugleich zur Bewirthschaftung und Beaufsichtigung der standesherrlichen Waldungen angestellt waren, in Folge der gedachten Bestimmung des Edicts auf theilweise Uebernahme bei der Staatskasse gedrungen worden, demzufolge auch am 10. Dezember 1814 zwischen beiderseits aufgestellten Kommissarien eine provisorische Uebereinkunft verabredet, und dem großherzoglichen Finanzministerium zur Genehmigung vorgelegt worden sei, worauf dieses am 13. Dezember 1814 „mit Umgehung der getroffenen Uebereinknnft, bis zu näherer Ausgleichung und Abrechnung, zu den Besoldungen des gedachten Forstpersonals einen jährlichen Beitrag von 5500 fl. verwilligte, und dagegen die pünktliche Salarirung dieser Diener zur Bedingung machte.“

3) Auf die weitere Thatsache, daß die Standesherrschaft von da an und bis zum 1. Dezember 1834 diesen Beitrag vierteljährig erhielt, und von jener Zeit an von jeder neuen Anstellung eines zu forstpolizeilichen Verrichtungen mitbestimmten Försters ꝛc. ꝛc. der Staatsbehörde Anzeige machte, erst nach von daher erfolgter Genehmigung die Dienstsignatur ertheilte, worauf alsdann durch das einschlägige großherzogliche Forstamt die Einweisung in den Dienst, so weit er sich auf die Forstpolizei bezog, erfolgte.

4) Weiter wird zur Klagbegründung angeführt: Im Jahr 1820 hätte das großherzogliche Finanzministerium versucht, gegen Ueberlassung sämmtlicher Erträgnisse der Forstgerichtsbarkeit und der Forstpolizei an die fürstliche Standesherrschaft, jenen Staatsbeitrag zu sistiren,

Digitized by Google

auf Remonstration der Standesherrschaft habe aber das großherzogliche Finanzministerium die Fortdauer des Provisoriums vom 13. Dezember 1814 anerkannt, und die Fortentrichtung des Staatsbeitrags von jährlich 5500 fl. verfügt.

5) Endlich wird die Thatsache angeführt, daß im Jahr 1834 das großherzogliche Finanzministerium den Betrag aus dem Grund sistirt habe, weil sich die Staatskasse in einem bedeutenden Vorschusse gegen die fürstliche Standesherrschaft befinde, welchen sie nicht durch weitere Zahlungen vermehren wolle.

So wenig nun die erste dieser Thatsachen für sich allein geeignet wäre, die Zuständigkeit des Richters für die Verfolgung der der Standesherrschaft aus jenem Edict erwachsenen Entschädigungsansprüche zu begründen, so gewiß wird durch die unter 2 bis 4 angeführten Thatsachen eine privatrechtliche Verpflichtung gebildet, wegen welcher zufolge §. 4 der Pr. Ordn. die Gerichte gegen den Fiskus angegangen werden können.

Der Umstand, daß es im Eingange des Finanzministerialrescripts vom 13. Dezember 1814 heißt: Mit Umgehung der getroffenen Uebereinkunft ꝛc., beweist wohl, daß das Finanzministerium die Uebereinkunft, wie ihm solche damals vorgelegt war, nicht wollte; er beweist, daß es die Absicht des Finanzministeriums war, das in Frage liegende Verhältniß nicht auf die proponirte Art zu regeln; aber er beweist nicht, daß solches ungeregelt bleiben sollte, im Gegentheil gibt das Rescript ausdrücklich Bestimmung, wie es einstweilen (bis zu näherer Ausgleichung) gehalten werden solle.

Daß aber diese einseitige Erklärung des Finanzministeriums, wenn sie unter den vom klagenden Theil angeführten Umständen gegeben worden ist, einer förmlichen gegenseitigen Uebereinkunft rechtlich gleich zu achten sei, ist eben so gewiß, als das, daß überhaupt auch einseitige Zusagen der obersten Finanzbehörde für sie bindend seien, und privatrechtliche Ansprüche begründen können.

Zur Zeit, wo das Rescript ergieng, war durch eine der Cognition der Gerichte allerdings entzogene Regierungshandlung dem klagenden Standesherren die Forstpolizei mit Vortheil und Lasten abgenommen, offenbar war er von da an rechtlich nicht gehalten, seine untern Forstdiener für die polizeilichen Dienste, welche sie dem Staat etwa leisteten, zu besolden, und noch weniger konnte er verpflichtet oder auch nur veranlaßt seyn, bei späteren Anstellungen solcher Diener ihnen für solche dem Staat zu leistende Dienste Besoldung zu versprechen; es war daher vom Staat zu ermessen, ob er künftig diese Besoldungen selbst zahlen, oder ob er mit der Zahlung den Standesherrn beauftragen und ihn für die Auslagen entschädigen wollte?

Wenn nun bei dieser Sachlage, und in Folge der von dem Standesherrn für sich und seine Diener gemachten Anforderungen, das großherzogliche Finanzministerium das mehrberührte Rescript erließ, so lag darin unstreitig ein Vertrag mit dem Standesherrn, die Besoldungen statt des Fiskus zu zahlen, verbunden mit dem Versprechen, ihn einstweilen mit jährlich 5500 fl. dafür zu entschädigen, und die später erfolgten speziellen Genehmigungen der nachherigen neuen Anstellungen, die alljährigen Auszahlungen des Beitrags durch zwanzig Jahre, die behauptete ausdrückliche Anerkennung vom Jahr 1820, alle diese Handlungen sind Bestätigungen dieses Vertrags.

Wenn nun Kläger ferner behauptet, seinerseits der ihm in diesem Vertrag aufgelegten Verbindlichkeit genau nachgekommen zu seyn, und im Vertrauen auf die erhaltene Beitragszusage gegen die alten und die neu angestellten Forstdiener die aus der Natur des Vertrags nothwendig folgenden Verpflichtungen übernommen zu haben, und wenn er deßhalb mit dem Fiskus über die Fortdauer dieses Vertragsverhältnisses streiten will, so ist dieses ganz unzweifelhaft ein dem Privatrecht und den Gerichten angehörender Gegenstand.

Allerdings sind, wie das großherzogliche Finanzministerium in seiner Conflictsanzeige*) sagt, Verträge die Formen, unter welchen Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, und zwar (kann hinzugefügt werden) so weit die Verträge mit Privatpersonen geschlossen sind, Privatrechte und Privatverbindlichkeiten.

Verträge unter Staaten, deren Gegenstand ein öffentliches Recht ist, oder gleiche Verträge zwischen Regenten und Volksrepräsentanten können natürlich der Cognition des Richters nicht unterstehen; allein wenn der Staat über eine ihm staatsrechtlich obliegende Verbindlichkeit mit einer Privatperson einen Vertrag schließt, in welchem er sich zu gewissen Leistungen verpflichtet, dann hat allerdings das Wesen der Sache durch den Vertrag (gleichviel ob man diesen als bloße Form betrachtet **) eine Aenderung erlitten, und dies tritt

*) Auf erhaltene Ladung zur Appellationsverhandlung erließ das großherzogliche Finanzministerium an das Oberhofgericht eine Remonstration, in welcher für den Fall, daß die Gerichte für kompetent erachtet werden wollten, ein Kompetenzkonflikt erhoben wurde.

Dem konnte jedoch erst nach ergangenem oberhofgerichtlichen Erkenntniß Folge gegeben werden, weil vorher noch von keinem Richter die Kompetenz zur Entscheidung der Sache angesprochen, also noch kein Konflikt denkbar war.

**) Denn der von dem großherzoglichen Finanzministerium ganz allgemein aufgestellte Satz, daß die Form das Wesen einer Sache nicht berühre, ist überhaupt, ganz besonders aber im Recht falsch, wie die ganze Lehre von Verträgen und die der Novation insbesondere zeigt.

Digitized by Google

vorzugsweise dann ein, wenn der Staat nicht mit der nämlichen Person, welcher er staatsrechtlich verpflichtet war, sondern mit einer dritten über die Erfüllung dieser Verbindlichkeit kontrahirte, und daß dieser Fall hier vorliege, kann daraus gefolgert werden, daß durch den Ausspruch des Edicts von 1813 die gemischten standesherrlichen Diener in Bezug auf Justiz- und Polizeigeschäfte ihrer Pflichten gegen den Standesherrn entbunden wurden, und hierdurch, in Verbindung mit der Thatsache, daß der Staat diese Diener in ihren auf Justiz und Polizei Bezug habenden Funktionen beließ, eine Verpflichtung des Staats diesen Dienern gegenüber unstreitig entstand, und daß diese Verpflichtung als Gegenstand des mit der Standesherrschaft geschlossenen Vertrags angesehen werden kann, wobei es vorerst völlig unberücksichtigt bleiben mag, daß solche Verpflichtung des Staats gegen die gemischten standesherrlichen Diener, die er theilweise für seine Dienste benützte, allerdings privatrechtlich war.

Wenn der Staat eine Kriegslieferung zu machen, wenn er an einen andern Staat zur Ausgleichung bei Teritorialveränderungen etwas zu zahlen hat, so wird Niemand zweifeln, daß dies dem öffentlichen Recht angehörende Verpflichtungen sind; wenn dann aber der Staat einen Privaten mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten beauftragt, und demselben Entschädigung verspricht, so zweifelt wohl auch Niemand, daß dieser Vertrag die zuerst nur staatsrechtliche Verpflichtung unter den Kontrahenten in eine privatrechtliche verwandelt, oder, um richtiger zu sprechen, als solche zwischen ihnen neu konstituirt hat.

Trefurt.

Anmerkung der Redaction. Ich würde hier unterscheiden, ob es sich

1) um die Aufrechthaltung des Vertrags v. 1814 bis zu einem gewissen Zeitpunkte (bis zur nähern Ausgleichung und Abrechnung?) handle,
2) oder um die Zahlung eines Rückstands, beziehungsweise um die rechtlichen Folgen des Vertrags, die sich von der Zeit seiner anerkannten Wirksamkeit her datiren.

Zu 1. Ueber die erstere Frage, nämlich darüber, ob und wie lang der Staat an die Haltung des Vertrags gebunden sei, wie lang er nämlich die Forstpolizei durch die standesherrlichen Förster verwalten zu lassen und dafür das stipulirte Aversum zu zahlen habe, können, wie mir scheint, die Civilgerichte in keinem Falle entscheiden, gleichviel ob die deßfallsige Bestimmung in einem Vertrage oder durch einen einseitigen Act der Staatsgewalt gegeben wurde.

Der Umstand, daß ein Rechtsgeschäft in einer privatrechtlichen Form abgeschlossen wurde, ist noch keineswegs hinreichend, um die richterliche Kompetenz zu begründen. Es ist dazu noch ferner erforderlich, daß der Gegenstand, worüber kontrahirt wurde, auch dem Privatverkehr unterworfen, d. h. daß er ein Gegenstand privatrechtlicher Verpflichtungen sei.

Hat z. B. der Staat durch Verträge mit Standes- und Grundherrn oder andern Privaten Hoheitsrechte hingegeben, hat er ihnen zugesagt, daß und unter welchen Bedingungen sie solche Hoheitsrechte in seinem Namen auszuüben haben, oder daß sie steuerfrei seyn, oder nur ein gewisses Maß von Steuern zu bezahlen haben sollen u. dgl., so mag, wenn der Staat die eingegangenen Verpflichtungen nicht hält, und wieder andere, damit im Widerspruch stehende, staatsrechtliche Verfügungen und Anordnungen trifft, darin nach Umständen zwar eine Rechtsverletzung liegen, aber keine solche, wegen deren der Verletzte den Civilrichter anrufen könnte, sondern nur eine solche, wegen welcher er, wie überall im Kreise des öffentlichen Rechts, seine Beschwerden, wenn sie von der Regierung nicht berücksichtigt werden, nur an die Stände, oder etwa (sofern der Anspruch zugleich auf der Bundesacte beruht) selbst an den Bundestag bringen kann.

Ohne Zweifel kann zwar der Staat selbst zur Erfüllung einer Kraft öffentlichen Rechts ihm obliegenden Verbindlichkeit gegen Dritte auch privatrechtliche Verpflichtungen eingehen, er kann z. B. zur Deckung von Kriegsaufwand Lieferungsaccorde abschließen, Anlehen kontrahiren u. dgl.; aber in allen diesen Fällen gehört der Gegenstand der dem Dritten gegenüber übernommenen Verbindlichkeit nicht dem öffentlichen, sondern dem Privatrechte an. Der Gegenstand des Vertrags ist hier die Lieferung von Naturalien, die Auszahlung eines Anlehens u. dgl., er ist also, ganz abgesehen von dem Rechtstitel, unter welchem darüber kontrahirt oder verfügt wurde, und ganz abgesehen von der Verwendung, zu welcher der Staat die bedungenen Naturalien und Gelder bestimmt hat, schon an und für sich privatrechtlich, wogegen im vorliegenden Falle die Verwaltung der Forstpolizei selbst der Gegenstand des Vertrags ist, der Gegenstand des Vertrags somit für sich selbst dem öffentlichen Rechte angehört.

Hätte die Standesherrschaft die Verbindlichkeit übernommen, den Aufwand, den der Staat für die Verwaltung der Forstpolizei zu machen hat, gegen eine jährliche Aversalsumme zu bestreiten, so daß nur die Bestreitung dieses Aufwands der Gegenstand des Vertrags gewesen wäre, so wäre dieser Vertragsgegenstand wohl eben so privatrechtlich, wie wenn der Staat zu Bestreitung öffentlicher Bedürfnisse Lieferungsverträge oder Anlehen abschließt.

Handelt es sich aber nicht blos um die Zahlung der Kosten der durch den Staat selbst verwalteten Forstpolizei, sondern wurde durch den Vertrag dem Standesherrn die Verwaltung der Forstpolizei, unter was immer für Bedingungen, selbst übertragen, so ist ein öffentliches Recht,

Digitized by Google

nämlich die Verwaltung der Forstpolizei, der Gegenstand des Vertrags, und hierüber, nämlich über die Frage: ob der Staat das durch jenen Vertrag begründete Verhältniß wieder aufheben dürfe, oder dem Standesherrn die ihm überlassene Verwaltung der Forstpolizei unter den festgesetzten Bedingungen noch länger belassen müsse? steht dem Civilrichter kein Entscheidungsrecht zu. Es handelte sich hier um einen staatsrechtlichen (wenn gleich auf Vertrag gebauten) Anspruch des Standesherrn, über dessen Begründung und rechtliche Folgen allein die Verwaltungsbehörden zu erkennen haben.

In so fern also die Staatsbehörden das im Jahr 1814 verabredete Provisorium wieder aufheben, über die Verwaltung der Forstpolizei andere Anordnung treffen, und dadurch den Staat von Bezahlung der dem Standesherrn nur für diese Verwaltung der Forstpolizei entrichteten 5500 fl. für die Zukunft befreien, kann ihnen hierin der Civilrichter nicht entgegentreten und sich über die Rechtmäßigkeit dieser Regierungshandlungen kein Erkenntniß zueignen. Der Standesherr kann, wenn die Regierung das Provisorium von 1814 aufhebt, wegen theilweiser Uebernahme seiner Forstdiener oder ihrer Pensionen auf die Staatskasse die aus dem Edicte vom 14. Mai 1813 abgeleiteten Rechte wieder geltend machen, jedoch auch dies nicht vor dem Civilrichter, da es sich in dieser Beziehung, wie auch in den obigen Entscheidungsgründen anerkannt ist, nicht um ein Privatrechtsgeschäft, sondern lediglich um den der Administration angehörigen Vollzug eines staatsrechtlichen Actes handelt.

In so weit also die Klage nach dem Eingang der Entscheidungsgründe auf Fortleistung des fraglichen Beitrags bis zur nähern Ausgleichung oder Abrechnung, oder überhaupt bis zu irgend einem bestimmten Zeitpunkte gerichtet ist, halte ich den vom Finanzministerium erhobenen Kompetenzkonflikt für begründet.

Anders aber verhält es sich, in so weit

Zu 2, die Inkompetenz der Gerichte auch auf die Verbindlichkeiten ausgedehnt werden soll, welche sich als die rechtlichen Folgen des Vertrags von 1814 aus derjenigen Periode darstellen, in der die Regierung das Provisorium von 1814 noch nicht aufgehoben und in Folge dessen die damaligen Zusagen noch nicht zurückgenommen hatte.

Nur in dem, was dem öffentlichen Rechte angehört, in der Disposition über die Forstpolizei und deren Verwaltung, kann die Staatsbehörde durch kein richterliches Einschreiten beschränkt werden, und wenn sie in dieser Beziehung das Provisorium von 1814 aufhebt, so fällt eben damit auch die dadurch bedingte Zusage des fraglichen Beitrags von 5500 fl. weg. Diese Zusage ist übrigens an und für sich nichts Staatsrechtliches, sie enthält die Verpflichtung zur Bezahlung einer Summe Geldes, ist also, da die Verpflichtung auf einem Vertrage, also auf einem landrechtlichen Titel (und nicht, wie z. B. bei Steuern, auf einem Titel des öffentlichen Rechts) beruht, privatrechtlicher Natur, wenn gleich der Gegenstand, wegen dessen die Zusage geschah, dem öffentlichen Rechte angehört.

Der letztere Umstand jedoch, daß der Gegenstand, wegen dessen die Verpflichtung eingegangen wurde, dem öffentlichen Rechte angehört, also unter der freien Verfügung der Staatsbehörden steht, hat zur Folge, daß, wenn eine solche andere Verfügung über jenen Gegenstand erfolgt, eben damit auch die fragliche Verpflichtung fortzuwirken aufhört, ohne daß hierüber, als über eine Folge des, die Forstpolizeiverwaltung betreffenden, administrativen Actes ein Streit vor den Civilrichter gebracht werden könnte.

So lang aber ein solcher administrativer Act nicht dazwischen tritt, die übernommene Verpflichtung zur Zahlung der für die Verwaltung der Forstpolizei durch standesherrliche Beamte bedungenen 5500 fl. also noch aufrecht besteht, läßt sich kein Grund erkennen, aus welchem wegen dieser, auf Vertrag, also auf privatrechtlichem Titel, beruhenden, Zahlungsverbindlichkeit kein richterliches Erkenntniß und kein richterlicher Schutz sollte gesucht werden können.

D. R.

II.

Oberhofgericht.

Rechtsfall.

In Sachen Schönleber gegen Schmitt von Eibigheim, wegen Forderung und Vermögenseinweisung.

Schmitt wurde vergantet; nachdem die Liquidationsverhandlungen beendigt waren, erschienen Nachmittags die Gläubiger, unter ihnen auch Schönleber bei Amt in Gesellschaft des Cridars und erklärten:

„Es ist zwischen uns und dem Cridar ein Nachlaßvergleich in der Art zugestanden, daß das vorhandene Massevermögen an Lehrer Schönleber ausgefolgt werde. Dagegen ist dieser verbunden, den Creditoren zehn Prozent aus diesem Massevermögen für ihre gänzliche Befriedigung kostenfrei, ausschließlich des Portos für die Geldversendungen auszuzahlen, und zwar gleich nach Einweisung des Massevermögens an Schönleber.“

„Die anwesenden Gläubiger trugen zugleich darauf an, daß die Nichterschienenen als der Mehrheit beitretend angesehen werden sollen.“

Digitized by Google

Dies geschah am 15. November 1833; am 7. Dezember reichte Schönleber dem Amt folgende Vorstellung ein:

„Einem ꝛc. Bezirksamt bekanntlich, kam am 15. v. M. von Seite des Jakob Schenk und der Kaufleute ein Arrangement zu Stande, wobei ich als Curator der Massegelder und Papiere ꝛc. in Vorschlag gebracht wurde, und solches auch laut Unterschrift zu besorgen annahm. Da aber seither noch kein Resultat erfolgte so ꝛc. ꝛc. hier wird um Entschließung gebeten."

Das Amt entwarf hierauf am 19. Januar 1834 eine Uebersicht des Massestandes, die eine Ueberschuldung von 1378 fl. nachwies, und eine Nachweisung, daß die Mehrzahl der Gläubiger, deren Forderungen zugleich mehr als ³/₄ aller richtig gestellten Schulden betragen, in den Vergleich konsentirt haben, und genehmigte denselben mit Hinweisung auf L.R.S. 220 und Pr. Ordn. §. 818.

Auf Remonstrationen der nicht konsentirenden Gläubiger erließ das Amt am 4. April 1834 an diese, daß es bei dem Vergleich sein Bewenden habe, und an den Schönleber, daß er in den Besitz des Schmitt'schen Vermögens andurch eingewiesen werde, und nunmehr die Gläubiger vergleichsmäßig zu befriedigen habe.

Am 9. September bat darauf Schönleber das Amt um Ermächtigung, Behufs der Befriedigung der Gläubiger, die Schmittschen Liegenschaften versteigern zu dürfen.

Zum Amtsprotokoll vom 27. September wiederholte er diese Bitte, unter Anführung des Umstandes, daß er nur 349 fl. Fahrnißerlös erhalten, aber schon 438 fl. an die Gläubiger bezahlt, mithin 89 fl. aus eigenen Mitteln vorgeschossen habe, und darauf verfügte das Amt:

„Da der Nachlaßvergleich längst amtlich genehmigt, und dem gemäß Schönleber als Haupt- und Pfandgläubiger schon am 4. April in den Besitz des Vermögens eingewiesen ward, so werde ihm überlassen, das ihm nach dem Vergleich zustehende Schmittsche Vermögen nicht nur in das Grundbuch eintragen, sondern auch veräußern zu lassen."

Dieser Amtsbeschluß wurde zwar so wenig, als alle vorhergehenden dem Gantmann Schmitt richterlich eröffnet, allein er muß wohl Nachricht davon erhalten haben, weil er zum Amtsprotokoll vom 9. Oktober die Berufung an großherzogliches Hofgericht am Unterrhein dagegen anzeigen ließ.

In der Appellationsrechtfertigung beschwert sich Schmitt darüber, daß, ohne seine Vernehmung, auf einseitiges Anrufen des Schönleber dem Nachlaßvergleich die Deutung gegeben wurde, als sei Schönleber, dadurch Eigenthümer seiner Liegenschaften geworden, und bittet um Abänderung dahin:

daß Schönleber mit seinem Gesuch um Eigenthumsüberweisung der Schmittschen Liegenschaften abzuweisen sei.

Zur Begründung wurde die neue Thatsache angeführt: daß Schönleber lange nach der Vergleichsbestätigung, nämlich am 24. Juni 1834, sein Kapital und Rest ad 920 fl nebst 40 fl. Zinsen gegen Schmitt eingeklagt, und diese Klage noch am 5. August 1834 fortgesetzt habe; sodann, daß Cridar Schmitt demselben zu vier verschiedenen Malen 304 fl. bezahlt, und dieser dadurch und durch das Fahrnißvermögen um 255 fl. mehr empfangen als ausbezahlt habe.

Ueber beide Thatsachen wurde kein Beweis angetreten, die erstere, nämlich die Klage des Schönleber gegen Schmitt vom 24. Juni 1834 und die darauf gepflogene Verhandlung, ergibt sich jedoch aus einem mit den Gantacten vom Unterrichter vorgelegten besondern Fascikel.

Das großherzogliche Hofgericht theilte die Beschwerdeschrift lediglich zur Nachricht mit, setzte Tagfahrt zur Verhandlung an, und gab in dieser ein bestätigendes Urtheil.

In den Entscheidungsgründen wurde angenommen, daß der Nachlaßvertrag das Eigenthum des ganzen gemeinschuldnerschen Vermögens auf den Schönleber übertragen habe, daß deßhalb Schmitt, wenn er sich die Eigenthumshandlungen desselben nicht wollte gefallen lassen, gegen sämmtliche Gläubiger mit einer Vergleichsanfechtung hätte auftreten müssen, und daß die Einrede der Zahlung, weil kein Beweis dafür angetreten sei, in dieser zum abgekürzten Verfahren geeigneten Sache nicht beachtet werden könne.

Schmitt ergriff die Oberberufung und das großherzogliche Oberhofgericht erkannte auf gepflogene Verhandlung abändernd dahin:

„daß die Klage des Schönleber, in so fern dadurch das Eigenthum der Schmittschen Liegenschaften angesprochen wird, abzuweisen sei."

Die Entscheidungsgründe sind:

1) Die im Vergleich gebrauchten Ausdrücke „daß das vorhandene Massevermögen an Lehrer Schönleber ausgefolgt werden solle" geben zwar allerdings der Voraussetzung Raum, daß es die Absicht der Kontrahenten gewesen sei, diesem Haupthypothekargläubiger das Eigenthum des Vermögens zu überlassen; allein dieser Annahme widerspricht der Umstand, daß der Vertrag gleich im Eingange ein Nachlaßvergleich zwischen den Creditoren und dem Gantmann genannt wird, daß am Schluß der Uebereinkunft die Creditoren den Antrag stellen, daß die Nichterschienenen als der Mehrheit beitretend angesehen werden möchten, welches beides mit der Annahme eines Masseverkaufes an Schönleber völlig unvereinbar ist, indem ein solcher Verkauf weder mit dem Namen Nachlaßvergleich belegt, noch als zwischen dem Cridar und den Gläubigern geschlossen bezeichnet werden, noch einen Zustimmungszwang gegen die nicht erschienenen Gläubiger begründen konnte; daß auch das den Vertrag leitende Amt solchen nur als einen Nachlaßvergleich mit dem

Digitized by Google

Cridar ansah, ergibt sich aus der Einhaltung der für solche Vergleiche vorgeschriebenen Formen, und der Bestätigung, der es bei einer emtio honorum nicht bedurfte.

2) Der Vertrag war seinem Gesammtinhalte nach ein Nachlaßvertrag zwischen dem Cridar und den Gläubigern, verbunden mit einem Nebenvertrag, nämlich einem Mandatsvertrag zwischen den Gläubigern und dem Gantmann auf der einen, und dem Schönleber auf der andern Seite, welcher diesen zur Uebernahme der Masse und Zahlung der verglichenen Schuldbeträge verpflichtete; und daß insbesondere die Absicht des Lehrers Schönleber auf nichts anderes gieng, dies beweist die Thatsache, daß er nach geschlossenem Vertrage noch auf seine Kapital- und Zinsforderung gegen Schmitt klagte, was er doch nicht gekonnt hätte, wenn er sich als den Eigenthümer sämmtlicher ihm zu Unterpfand eingesetzten Liegenschaften in Folge des Vergleichs betrachtet hätte.

Auf gleiche Weise wird diese Absicht Schönlebers aus seiner Vorstellung vom 7. Dezember 1833 klar, in welcher er sich nur den Massekurator der Creditoren nennt. Daß der Schmittsche Anwalt erst in der mündlichen Verhandlung der Oberappellationsinstanz auf diese Vorstellung aufmerksam macht, hat nicht zur Folge, daß der Richter solche nicht berücksichtigen darf, den sie bildet einen Theil der untergerichtlichen Gantacten, und hätte deßhalb auch ohne alle Anführung von Seiten des Beklagten von dem frühern Instanzrichter nicht nur berücksichtigt werden dürfen, sondern nicht unbeachtet bleiben sollen.

3) War nun aber der Schönleber durch den V trag nicht Eigenthümer der Schmittschen Liegenschaften, sondern nur Mandatar der Gläubiger und des Gantmannes, so konnte er zwar, so weit es zu Erledigung seines Auftrags erforderlich war, Versteigerung dieser Liegenschaften veranlassen, und es könnte auch scheinen, daß er in seiner Eingabe vom 9. September und in der Erklärung zum Amtsprotokoll vom 27. September mehr nicht verlangt habe, allein da ihm das Amt hierauf das Eigenthum dieser Liegenschaften ausdrücklich zusprach, und er dieses Erkenntniß bisher vertheidigte, so hat er hinlänglich zu erkennen gegeben, daß er auch dieses Eigenthum anzusprechen beabsichtigte, dieser Anspruch aber ist nach dem obigen unbegründet, und deßhalb auch Kläger zur Tragung der Kosten verpflichtet.

Trefurt.

III.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über Eidesvorbehalte bei der Beweisantretung in appellatorio mit der Appellationsbeschwerdeschrift.

Es hat sich dahier, wenigstens im ersten Senat des Gerichtshofs, die Ansicht festgestellt, daß in dem Fall, wo der Unterrichter schon auf den ganz richtigen und alles umfassenden Beweis erkannt hat, vom Oberrichter nicht ferner auf Beweis zu erkennen ist, und also die Parteien, wenn sie weitern Beweis führen wollen, solchen in der Appellationsinstanz alsbald antreten, anticipiren müssen. In einem nun vom Unterrichter nach richtig auferlegtem Beweise entschiedenen Rechtsstreit, appellirte der Beklagte, trat über die ihm vom Unterrichter zum Beweise auferlegte Einrede der Zahlung neue Beweise an und bemerkte in seiner Appellationsbeschwerdeschrift, daß er sich überdies vorbehalte, dem Gegentheil den Haupteid zuzuschieben.

Man hielt diesen Vorbehalt der Eideszuschiebung für unerheblich, oder vielmehr für nicht berücksichtigungswerth, indem man erwog: Nach §. 575 der Pr. Ordn. kann die Eideszuschiebung in jeder Lage des Processes geschehen, jedoch bei auferlegtem Beweise nur innerhalb der Beweisfrist, in so fern sich nicht der Beweisführer die Zuschiebung vorbehalten hatte. Geschah nun, wie hier der Fall war, der Vorbehalt der Eideszuschiebung und die Zuschiebung des Eides selbst nicht vor dem Unterrichter, so konnte vor diesem nach abgelaufener Beweisfrist von einer Eideszuschiebung keine Rede mehr seyn. In der neuen Instanz der Appellation konnte aber der Eid allerdings als neues Beweismittel, in so fern er nicht durch ein Versäumungserkenntniß ausgeschlossen war, vorgebracht werden, allein da er über den schon vor dem Unterrichter vorgelegten Beweissatz ergieng, so mußte er alsbald mit der Appellationsbeschwerdeschrift zugeschoben werden, denn diese Zuschiebung ist die Beweisantretung des Eids, und wenn ein Appellant in appellatorio neue Beweise über den schon in erster Instanz auferlegten Beweis antreten will, so muß dieses alsbald und so geschehen, daß auch eine wirkliche Antretung darin liegt, weil ja der Appellat sich auf die angetretenen neuen Beweise in seiner Vernehmlassung erklären muß. Der Vorbehalt eines Beweismittels ist aber nicht die wirklich geschehene Antretung des Beweises mit diesem Mittel, und da, wie gesagt, die Antretung nur in der Appellationsbeschwerdeschrift zuläßig ist, so kann auf den eine Antretung nicht enthaltenden Vorbehalt keine Rücksicht genommen werden. Fecit, quod non potuit, non fecit, quod potuit.

Digitized by Google

Es läßt sich nicht läugnen, daß diese Argumentation Manches für sich hat, und man selbst sagen kann, daß sie durch Vereinfachung des Appellationsverfahrens und durch die allein damit bedingte Möglichkeit, den Rechtsstreit alsbald und in einer Verhandlung dann zu beendigen, wenn die sonst angetretenen Beweise unerheblich oder unzuläßig sind, Vieles für sich hat. Allein es ist denn doch auch zu bedenken, daß das Beweismittel des Eides ein ganz eigenthümliches ist, und eben im §. 575 der Vorbehalt der Eideszuschiebung überall da zu berücksichtigen ist, wenn andere Beweismittel noch mit vorgebracht wurden, aber seiner Zeit den Beweis nicht darstellten. Es kann alsdann nach Beendigung des Verfahrens über diese andern Beweismittel auf die wirkliche Eideszuschiebung zurückgegriffen werden, so daß also die spätere wirkliche Beweisantretung durch Eid noch zuläßig ist. Vergleicht man nun die Appellationsbeschwerdeschrift in ihrem die neuen Beweismittel des Appellationsverfahrens umfassenden Inhalt mit der Beweisantretung vor dem Unterrichter auf das von ihm erlassene Beweiserkenntniß, und stellt sie dieser gleich, so wird man auch zugeben müssen, daß bei dieser Beweisantretung in appellatorio gleichfalls mehrere Beweismittel gehäuft werden können, wie es gerade hier der Fall war, und daß also der beweisantretende Theil gerade wie im §. 575 zuerst das Ergebniß der andern vorgebrachten Beweismittel abwarten, und erst dann zur Zuschiebung des Eides greifen kann, wenn ihm sein sonstiger Beweis mißlungen ist. Hat er alsdann schon in der Appellationsbeschwerdeschrift, d. h. in der Beweisantretungsschrift zweiter Instanz, sich die Eideszuschiebung nach §. 575 vorbehalten, so möchte dieser Vorbehalt, zumal in Anbetracht des §. 1171 der Pr. Ordn., sehr erheblich und um so zuläßiger seyn, als sich nirgends eine Abänderung des §. 575 der Pr. Ordn. für den hier vorliegenden Fall des Appellationsverfahrens nachweisen läßt. Ueberdies besteht die Vorschrift des L.R.S. 1360, daß der Eid in jeder Lage des Processes zugeschoben werden kann, immer noch fort, und ist im §. 575 der Pr. Ordn. nur an die Einhaltung der Beweisfrist bei gefältem Beweiserkenntniß beschränkt und gebunden worden. Ist nun in der Appellationsinstanz kein Beweiserkenntniß erlassen worden, so ist auch keine Beschränkung der Zuschiebung in einer Beweisfrist vorhanden, so daß sich also behaupten ließe, daß der Eid in zweiter Instanz, wo neue Beweise zuläßig sind, auch in der Lage des Rechtsstreits noch zugeschoben werden kann, wo die Verhandlungen nach eingebrachter Appellationsbeschwerdeschrift über andere Punkte noch fortdauerten. Wäre vielleicht auch diese Behauptung, in Anbetracht des §. 1170 der Pr. Ordn., etwas gewagt, indem hiernach die neuen Beweismittel in der Appellationsbeschwerdeschrift vorgebracht werden sollen, so würde doch die aus dem L.R.S. 1360 noch fortwirkende Begünstigung der Zuläßigkeit des Haupteides jedenfalls die Berücksichtigung des Eidesvorbehalts in der Appellationsbeschwerdeschrift anempfehlen, und es wird sich daher zum wenigsten bezweifeln lassen, daß die hier getroffene Entscheidung eine Norm für künftige Fälle geben wird, um so mehr, als nach §. 587 der Pr. Ordn. der Mangel der Eidesformel selbst die Rückweisung der Eideszuschiebung als Beweismittel nicht rechtfertigt, sondern immer deßhalb eine besondere Tagfahrt angeordnet werden soll, und man eben in dem Vorbehalt der Eideszuschiebung immerhin die Absicht der Partei finden kann, sich des Eides bedienen, also damit den Beweis antreten zu wollen.

Sander.

IV.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über den Gerichtsstand der Klage auf Ersatz der Proceßkosten, zur Erläuterung des §. 175 der Proceßordnung.

Es wurde eine Klage auf Ersatz der Proceßkosten erster und zweiter Instanz, gegen den zur Tragung der Kosten im ersten Proceß verurtheilten Kläger, vor dem Richter seines Wohnsitzes angestellt, allein dieser Richter erkannte sich, in Anbetracht des §. 175 der Pr. Ordn., für unzuständig, und wies den Kläger vor den Unterrichter des ersten Processes, als Richter der Hauptsache. Auf die dagegen ergriffene Appellation ward aber dieses abgeändert, und der Richter des Wohnsitzes des auf den Ersatz der Proceßkosten belangten Beklagten für zuständig erkannt, indem man erwog:

Der §. 175 der Pr. Ordn. hat nicht die Klage auf Erstattung der Proceßkosten, sondern nur die Decretur, die Bestimmung der Größe der Proceßkosten überhaupt vor Augen, wie daraus hervorgeht, daß er nur von der Liquidation der Kosten spricht, deren Betrag der Richter der Hauptsache entweder sofort, oder nach vorgängiger Vernehmung der Gegenpartei festsetzt. Wäre hier von der Proceßkostenersatzklage selbst die Rede, so müßte der §. 175 lauten, zu deren Bezahlung der Richter die andere Partei verurtheilt, oder es wäre dieses wenigstens darunter zu verstehen, und da im §. 175 von einer sofortigen ohne Gehör des andern Theils vorgenommenen Festsetzung des Kostenbetrags die Rede ist, so würde diese sofortige Festsetzung, als sofortige definitive Verurtheilung zur Tragung der Proceßkosten eine Verletzung des ersten Grundsatzes jeder wahren Gerechtigkeitspflege enthalten, daß Niemand ohne Gehör verurtheilt werden soll. Eine solche auch nur die Möglichkeit dieser Verletzung herbeiführende Auslegung des §. 175 ist daher um so mehr zu verwerfen, als sonst nirgends der verurtheilten Gegenpartei die Gelegenheit, wie in andern dergleichen Fällen, z. B. §. 715 der

Digitized by Google

Pr. Ordn., gegeben ist, die ohne ihr Gehör erlassene richterliche Verfügung anzugreifen. Ueberdies ist der die Liquidation der Proceßkosten im §. 175 vornehmende Richter der Hauptsache keineswegs immer der Richter der ersten Instanz, sondern für die in zweiter und dritter Instanz erwachsenen Proceßkosten ist es der Richter zweiter und dritter Instanz, und wenn nur vor dem Richter der Hauptsache die Proceßkostenersatzklage angebracht werden müßte, so müßte dieses für den drei Instanzen durchgelaufenen Proceß in drei verschiedenen Klagen vor dem Richter erster, zweiter und dritter Instanz geschehen, was abermals nicht anzunehmen ist. Es bleibt daher für Proceßkostenersatzklagen der allgemeine Gerichtsstand des Richters des Wohnsitzes des Beklagten nach §. 7 der Pr. Ordn. zuständig, und an den Richter des Processes, aus welchem die eingeklagten Proceßkosten entstanden sind, als Richter der Nebensachen nach §. 31 ist um so weniger zu denken, als derlei Nebensachen im Laufe des Rechtsstreits vorkommen müssen, hier aber der Proceß bei Anstellung der Proceßkostenersatzklage beendigt ist.

Sander.

Anmerkung der Redaction. Ich kann mir nicht vorstellen, wie Derjenige, dessen Gegner in einem Processe in die Kosten verfällt wurde, in die Lage kommen kann, eine eigentliche Klage auf Ersatz der Proceßkosten, worüber nun erst, wie über andere Klagen, verhandelt werden müßte, anzustellen.

Das, was er verlangt, ist ja durch rechtskräftiges Erkenntniß schon entschieden, der Gegner ist ja durch das in der Hauptsache ergangene Erkenntniß zum Ersatze der Kosten im Allgemeinen schon verurtheilt, und es kann sich allein noch um die Vollstreckung dieses Urtheils, und, so weit das Maß der Kosten noch nicht ermittelt ist, um deren vorgängige Liquidation handeln.

Das diese Liquidation einleitende Gesuch um Bestimmung des Betrags der nach dem bereits ergangenen Urtheil vom Gegentheil zu erstattenden Kosten ist aber nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 175 der Pr. Ordn. bei dem Richter der Hauptsache anzubringen, und zwar in erster Instanz naturlicherweise vor demjenigen Richter, der auch in der Hauptsache zuerst erkannte.

Bei dem nämlichen Richter ist, wenn es sich nur noch um die Vollstreckung der im Urtheil über die Hauptsache ausgesprochenen Kostenersatzschuldigkeit handelt, nach §. 944 auch das Vollstreckungsgesuch anzubringen.

D. R.

V.

Etwas über die Anwendung des Dunkelarrestes oder der Hungerkost, insbesondere bei Forstfrevelstrafen.

Es haben viele Untergerichte die Meinung, und sie wenden sie betreffenden Falls auch an, daß die bei Abschaffung der körperlichen Züchtigung eingeführten Strafschärfungen des bürgerlichen Gefängnisses durch Dunkelarrest und Hungerkost auch bei andern Vergehen, bei welchen früher nicht auf Stockstreiche erkannt wurde, als Abkürzung der dafür erkannten Gefängnißstrafe zuläßig seie. Allein wenn man bedenkt, daß nach dem Gesetz über Abschaffung der körperlichen Züchtigung diese Strafschärfung nur da einzutreten hat, wo die körperliche Züchtigung als Zusatz der nebenbei erkannten bürgerlichen Gefängnißstrafe bestand, so wird man, da Strafgesetze überhaupt keiner ausdehnenden Erklärung unterliegen, die Gesetzmäßigkeit dieser Anwendung der erwähnten Strafschärfungen sehr bezweifeln, und sie namentlich bei Strafen für Ehrenkränkungen um so mehr verwerfen müssen, als das Ehrenkränkungsgesetz von diesen Strafschärfungen jedenfalls nichts erwähnt, und sie im Gesetz über Abschaffung der körperlichen Züchtigung keineswegs ganz allgemein als Abkürzungsmittel des bürgerlichen Gefängnisses, und zu diesem Zweck eingeführt worden sind. Dagegen läßt das Forstgesetz im §. 145, 146 diese Strafschärfungen des Dunkelarrestes und der Hungerkost im §. 145 als solche, und im §. 146 als Abkürzungsmittel auch für die weniger als zwei Monate betragende Strafzeit für einen Forstfrevel auf den Antrag des Sträflings ausdrücklich zu, und wenn neulich ein Senat eines Hofgerichts dem ihm vorgelegten Antrag eines Forstfrevelsträflings, seine Strafe durch Anwendung des Dunkelarrestes und der Hungerkost abzukürzen, aus dem Grund nicht entsprach, weil diese beiden Strafmittel nur stellvertretend der körperlichen Züchtigung seien, also bei den keine körperliche Züchtigung mit sich führenden, und früher mit sich geführt habenden Forstfrevelstrafen nicht angewendet werden dürften, so hat es eben dabei nur das Gesetz über Abschaffung der körperlichen Züchtigung vor Augen gehabt, und das Gesetz über Bestrafung der Forstfrevel übersehen.

Sander.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 16. | Karlsruhe den 16. April 1836.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Urtheil, in Anklagesachen des Staatsanwalts am großherzoglichen Oberhofgericht und Hofgericht des Unterrheins gegen Dr. Karl Gutzkow aus Berlin und Dr. Zacharias Löwenthal von Mannheim, wegen Preßvergehen.

Nach Ansicht der vor dem großherzoglichen Staatsanwalt gegen Dr. Karl Gutzkow von Berlin und Dr. Zacharias Löwenthal von hier erhobenen Anklage, in welcher der Erstere als Verfasser und der Letztere als Verleger des Romans „Wally, die Zweiflerin" angeschuldigt werden, durch mehrere in dieser Schrift enthaltene Stellen das Verbrechen der Gotteslästerung begangen, den christlichen Glauben angegriffen und der Verachtung Preis zu geben gesucht, auch außerdem durch Darstellung unzüchtiger Bilder Aergerniß gegeben zu haben, weßwegen in Ansehung des Dr. Gutzkow auf eine einjährige Zuchthaus- und auf eine Geldstrafe von 100 fl., eventuell auf eine Gefängnißstrafe von drei Monaten; in Ansehung des Dr. Löwenthal aber auf dreimonatliche Zuchthausstrafe und eine Geldstrafe von 20 Reichsthalern, eventuell auf eine dreimonatliche Gefängnißstrafe angetragen wird.

Nach Ansicht der, der Anklage zum Grund gelegten Stellen, sowohl für sich allein, als im Zusammenhalte mit dem gesammten Inhalte der fraglichen Schrift, die von Dr. Gutzkow als von ihm verfaßt und dem Druck übergeben und von Dr. Löwenthal als von ihm verlegt anerkannt ist, welche Stellen besagen:

S. 83. „Wer wird auch, entgegnete Cäsar, bei üblen Stimmungen Hülfe von der Religion erwarten! Religion ist das Produkt der Verzweiflung, wie kann sie die Verzweiflung heilen? — Sie sollte es wohl; jede Religion soll es, welche die Miene der Offenbarung annimmt, sagte Waldemar. Aechte Religion ist positive Heilkraft; aber gleicht das Christenthum nicht einer Latwerge, die aus hundert Ingredienzien zusammengekocht ist? —"

S. 114. „Der Staat sollte niemals die Ehe bürgerlich vollziehen lassen, bis nicht ein Kind vorhanden ist, welches das Daseyn der Liebe vorher ausweisen muß."

S. 120. „Nur jener Zug ist so meisterhaft schön, wo Tschionatulander, als er in die Welt hinaus muß, und sein treues Windspiel klug zu den beiden Liebenden hinauf sieht, Sigunen anfleht um eine Gunst — Cäsar stockte und sprach dann leise mit fast verhaltenem Athem: daß Sigune — um durch ihre Schönheit ihn gleichsam fest zu machen, wie der magische Ausdruck der alten Zeit ist, um ihm einen Anblick zu hinterlassen, der Wunder wirkte in seiner Tapferkeit und Ausdauer — daß Sigune in vollkommener Nacktheit zum — vielleicht — ewigen Abschiede sich ihm zeigen möge."

S. 121. „Cäsars Antlitz zeigte einen schmerzhaften Ausdruck. Er hatte das Höchste bewiesen, dessen seine Seele fähig war, die kindlichste Naivität, eine rührende Unschuld in einer Forderung, die empörend war; aber die Scham, die erst in ihm aufglühte, verschwand vor seinem Stolze, so edel und rein erschien er sich."

S. 123, 124. „Jetzt wußte sie, worin der ganze Zauber liegt. Sie fühlte, daß das wahrhaft Poetische höher steht, als alle Gesetze der Moral und des Herkommens. Sie fühlte auch, wie klein man ist, wenn man der Poesie sich widersetzt."

S. 125. „Sie kam sich verächtlich vor, seitdem sie fühlte, daß sie für die höhere Poesie kein Gegenstand war. So konnte es nicht fehlen, daß sie sich bald selbst dazu machte."

„Wie oft war sie Cäsarn begegnet! Er blickte stolz! Er hatte eine Moral, die über der ihren war Er konnte das Auge erheben, das Ideal hub es in ihm! Wally konnte nicht stolz seyn; an ihr schien die Reihe der Scham zu seyn. Sie fürchtete sich vor Cäsar. Ihre ganze Tugend war armselig, seitdem sie ihm gleichsam gesagt hatte, die Tugend könne nur in Verhüllungen bestehen, die Tugend könne nicht nackt seyn. Cäsar hatte an ihr den poetischen Reiz verloren. Er übersah sie."

Digitized by Google

S. 128. „Schwören Sie mir, hinter dem Vorhang, den sie zehn Minuten nach zehn gütigst zurückziehen wollen, nicht hervorzutreten! Cäsar, schwören Sie mir! Ich schäme mich vor Ihnen, daß ich Scham hatte. Verantworten Sie es einst! Vor Gott! vor Gott! Aber ich liebe heiß, ewig und unaussprechlich! Wally."

„Und an Wallys Hochzeitstage zeichneten die Unsichtbaren ein reizendes Gemälde, ein Gemälde in altem Styl, zart, lieblich, wie die saubern Farbengruppen, welche sich auf den sammetreichen Pergamenten goldener Gebetbücher des Mittelalters finden."

S. 129, 131. „Das Auge staunt; ein Entzücken lähmt die Zunge. Zur Linken aber schwillt aus den Sonnennebeln heraus ein Bild von bezaubernder Schönheit: Sigune, die schamhafter ihren nackten Leib enthüllt, als ihn die Venus der Medicis zu bedecken sucht, sie steht da, fühllos, geblendet von der Thorheit der Liebe, die sie um dies Geschenk bat, nicht mehr Willen, sondern zerflossen in Scham, Unschuld und Hingebung. Sie steht ganz nackt, die hehre Gestalt, mit jungfräulich schwellenden Hüften, mit allen zarten Beugungen und Linien, welche von der Brust bis zur Zehe hinunter gleiten. Und zum Zeichen, daß eine fromme Weihe die ganze Ueppigkeit dieser Situation heilige, blühen nirgends Rosen, sondern eine hohe Lilie sproßt dicht an dem Leibe Sigunens hervor und deckt symbolisch, als Blume der Keuschheit, an ihr die noch verschlossene Knospe ihrer Weiblichkeit. Alles ist ein Hauch an dem Auge, ein stummer Moment selbst in dem klugen Auge des Hundes, der die Bewegungen verfolgt, welche der Blick seines Herrn macht."

„Das ganze ist ein Frevel, aber ein Frevel der Unschuld."

„So stand Sigune einen zitternden Augenblick; da umschlang sie rücklings der sardinische Gesandte, der seine junge Frau suchte. Es war ein Tropfen, der in den Dampf einer Phantasmagorie fällt und sie in Nichts auflöst. Die Vorhänge fielen zurück und Tschionatulander wankte nach Hause. Der Gesandte ahnte nichts. Tiefes Geheimniß."

S. 224. „Oder es darf mich Niemand tadeln, wenn ich denke: die Existenz Gottes anzunehmen war eine ganz äußerliche politische und polizeiliche Uebereinkunft der Völker. Denn warum haben wir halbe Vernunft, halbe Erkenntniß, halben Geist? Warum zu allem nur die Elemente? Und wir sind so vermessen und bauen auf diesen trüben Boden Systeme, welche den Schein der Vollendung tragen und uns mit Verpflichtung unwillkührlich belasten!"

S. 266, 267. „Dem Begriffe Offenbarung läßt sich vielleicht eine philosophische Unterlage geben, pantheistischer Art; aber im herkömmlichen theologischen Sinn ist die Offenbarung eine Verfälschung der Natur und der Geschichte. Eine saubere Insinuation, sich Gott als Priester zu denken, der im schwarzen Talare zu dem ersten Menschenpaare hinzugetreten wäre, und ihm Unterricht gegeben hätte in glaublichen und unglaublichen Dingen! Sie machen aus Gott einen Souverän, einen Patriarchen, einen Geistlichen. Sie lassen Gott in sehr unvollkommener Sprache reden, zu Zeiten, wo es an stylistischer Vollkommenheit noch überall fehlte. Niemand war in den anthropomorphistischen Consequenzen einer supernaturellen Offenbarung kecker als die Apostel Jesu; denn alle Schrift von Gott eingegeben heißt: in der Lehre von der Inspiration Gott zum Mitschuldigen aller der Solöcismen und incorrekten Construktionen machen, welche sich im griechischen Texte des neuen Testaments finden. Gewisse Kapitel gibt es in den dogmatischen Systemen unserer Theologen, die sich besser für Grimmes Kindermährchen oder Tausend und eine Nacht schicken würden, dazu gehören die criminalisch strafbaren Dogmen von der Offenbarung und Inspiration."

S. 171, 172. „In Judäa, einem sehr barocken Lande, trat ein junger Mann, Namens Jesus auf, der durch eine bedenkliche Verwirrung seiner Ideen auf den Glauben kam, er sei schon seinen Vorfahren als Befreier der Nation, der er angehöre, verkündigt worden; Jesus war aus Nazareth gebürtig, unehelichen Ursprungs, Stiefsohn eines braven Zimmermanns, Namens Joseph. Jesus beschäftigte sich viel mit den Schriften der jüdischen Literatur, reiste, unterrichtete sich und strebte mit edler Selbstüberwindung nach einer stoischen Sittenreinheit. Jesus fühlte, daß eine Mission an sein Herz pochte. Es war ihm, als müßte er einen Auftrag erfüllen, über den er Zeit seines Lebens nicht im Klaren war. Er adoptirte den Glauben an einen verheißenen König, der seine eitle Nation zur Herrscherin der Welt machen würde; erschrack aber selbst vor dieser übermüthigen Verheißung, welche einer wahren Idee Gottes gänzlich unwürdig war. Jesus wußte selbst da noch nicht wo hinaus, als er die ersten unbesonnenen Schritte gethan, als er seinen Freund Johannes auf Kundschaft und Prüfung der Menge vorausgesandt hatte."

S. 274. „Jesus war nicht der größte aber der edelste Mensch, dessen Namen die Geschichte aufbewahrt hat. Dieß ist der historische Kern eines Ereignisses, aus welchem spätere Zeiten ein episches Gedicht machten, mit Wundern und einer ganz fabelhaften Göttermaschinerie. Eine kleine Anekdote wurde welthistorisch. Die französische Revolution hinterließ eine Menge von politischen Wahrheiten, welche in Ansehen geblieben sind, selbst wenn jene weniger glücklich von Statten gegangen wäre. So kam es auch, daß die verunglückte Revolution des Schwärmers Jesu etwas zurückließ, was zuletzt eine Religion wurde."

S. 277. „Was blieb demnach im Munde Jesu übrig? Eine Moral, welche allerdings veredelte Kraft hat, aber nie mehr gibt und geben will, als das lautere Judenthum."

Digitized by Google

„Die Moral Jesu hält sich immer dicht bei den Gebräuchen des Ceremonialgesetzes, und ist nur darin charakteristisch, daß sie für den äußern Ritus innerlich entsprechende Gesinnungen fordert; Jesus lehrte: Liebe deinen Nächsten, wie dich selbst! So lehrte schon Moses; aber der Stifter einer neuen Religion mußte sagen: Liebe deinen Nächsten mehr als dich selbst! Daraus schließt man, daß Jesus eine Person war, die einzig und allein der Geschichte, keineswegs aber der Religion oder Philosophie angehörte. Thörichter Glaube, das neue Testament für die Grundlage einer Religion anzusehen, für ein Buch, das geschrieben worden wäre, um symbolischen Werth zu haben!"

S. 278, 279, 280. „So entspann sich ein romantisches Truggewebe von Wundern, subjectiven, die Jesus verrichtet habe, objectiven, die an ihm selbst geschehen wären."

„Die Apostel übersahen, wie sehr die Mehrzahl dieser Wunder, welche eher auf einen Eskamoteur, als auf einen Propheten schließen lassen (ich erinnere nur an die Fabel von dem Stater im Leibe eines Fisches), das göttliche Gepräge ihrer Erzählung verwischte. Ja, sie wußten nicht einmal, wie viel sie moralisch wagten, alle ihre Behauptungen wechselseitig ohne Prüfung anzunehmen."

„Hierüber mag ich nichts entscheiden, nur dies scheint fest, daß die Apostel Menschen von bornirtem Verstande waren, daß sie überhaupt viel Aehnlichkeit mit unsern Theologen hatten, und daß es zuletzt nicht ohne typische Vorbedeutung war, wenn neben der Krippe Jesu gleich ein Ochs und ein Esel standen."

S. 281, 282, 283. „Das Christenthum ist eine Religion der Persönlichkeit. Moses war doch nur der Sendling Gottes, Muhamed Allahs Prophet, sie ließen sich keine göttliche Ehre erweisen! Sehet hier eine Religion, deren unwillkührlicher Stifter von einigen verworrenen Köpfen mit Gott selbst verwechselt wurde, eine Religion, die Nichts für ihren Gegenstand und Alles für ihren ersten Priester thut. Jede allgemeine, jede Weltreligion muß unabhängig von irgend einem Namen seyn, und im Christenthum ist man noch nicht einig, welche Ehre Gott, welche Jesu gebührt! Welch ein Glaube!"

„Aber hier überschreitet eine Zumuthung die Linie des Erträglichen, das Christenthum wurzele nicht in Jesu Lehren, sondern in seinem Leben; nicht die Liebe sei es, sagen sie, die er im Abendmahle eingesetzt habe, sondern sein Fleisch und Blut, seine eigene Persönlichkeit, die nun immerdar solle gegessen und getrunken werden. Auf die individuellen Begegnisse eines unglücklichen Menschen wird eine Religion gebaut, eine Dogmatik, die sich nicht um die Worte seines Mundes kümmert, sondern seine Fußstapfen als Paragraphenzeichen nimmt, seine Nägelmale als Kapitaleinschnitte; kurz das Christenthum ist eine Religion, die auf eines Menschen körperlichen Verrichtungen und Leiden gegründet ist, eine Religion, die das objective Evangelium eines Menschen predigt. Armer Rabbi von Nazareth!"

S. 285, 287. „Als der Begriff Kirche erfunden war, als Concilien und Würdenträger eingesetzt wurden, da hatte sich die Lehre Jesu in eine neue Art von Heidenthum verwandelt, in Mythologie auf der einen, Aristotelismus auf der andern Seite. Der todte Rabbi Jesus drehte sich im Grabe um, er hatte sich gerächt. Wann gab es eine Religion, die in tausend Jahren mit so desperaten Anomalien sich äußern konnte? Der Islam ist zwölfhundert Jahre alt, und noch weht die grünseidene Fahne des Propheten, wie damals, als er aus der Wüste zog. Man hatte Jesus zum Stifter einer Religion machen wollen. Jesus hatte sich gerächt. Die falsche Auslegung seiner Mission war gescheitert."

S. 290, 291. „Aber was Philosophie? Wir reden nicht von Philosophie; ich vergaß, daß wir über einige Ammenmährchen und poetische Grillen sprechen. Ich muß glauben, daß Christus sei ein eingeborner Sohn Gottes, von einer Jungfrau geboren, niedergefahren zur Hölle und wieder auferstanden. Nein auch dies ist nicht der Kern des Christenthums. Was soll ich glauben? daß Christus ist unser Mittler, daß er im Abendmahle persönlich assistirt als Fleisch und Blut im Brod und Weine, daß er uns rechtfertigt durch die Gnade, daß die Erbsünde, an die ich als Psycholog und Menschenkenner faktisch glaube, theologisch zu erklären sei, zum großen Theile aber eine Dogmatik, welche auf jedes einzelne Glied im Körper des Rabbi Jesus gegründet ist. Der Katholicismus war sinnlicher Götzendienst mit politheistischer Färbung. Der Protestantismus wurde mystischer Götzendienst mit einer Beschränkung auf einen Gott, der aber drei Hypostasen hatte."

S. 301, 302. „Die Religion der Entsagung mag für Jahre passen, wo die Ernte nicht gerathen ist; aber wo Fülle und Verschwendung rings ihre Feste feiern, da murrt die Menschheit über eine Religion, welche immerfort an das Sichschicken, an die Demuth, an den Rathschluß Gottes appellirt. Von dieser Seite des Christenthums überhaupt, die sich dem Zeitgeiste entgegenstellt, kann nicht mehr die Rede seyn."

S. 318. „Zwei Garantien der unsichtbaren Welt sind die Religion und die Poesie. Jene schließt das Reich der Möglichkeit auf, um zu trösten, diese, weil sie die Wirklichkeit erklären will, beide beruhen auf Täuschungen, nur ist die Poesie glücklicher, weil sie die Wahrscheinlichkeit für sich hat. Es ist leichter an ein Gedicht, als an den Himmel glauben."

S. 326, 327. „Als wenn die Menschheit nicht immer die erste seyn wird, die sich hilft, und diejenige, welche für sich den besten Rath weiß! Sie zucken die Achseln wie un-

Digitized by Google

vorsichtige Aerzte, sie fürchten für das Leben des Patienten und quacksalbern an den alten Schäden herum; aber nehmt der Menschheit ein Bein ab, sie wird sich ein neues machen; nehmt ihr, um nur eines, was möglich scheint, zu nennen, z. B. Christenthum, glaubt ihr, daß sie untergehen wird? Nehmt ihr eure Gesetzbücher, Eure Verfassungen; nehmt ihr zuletzt das, worauf gleichsam Alles ankommen soll, nehmt ihr euch selbst! — und die Menschheit wird fortbestehen!"

In Erwägung, so viel den Angeklagten Dr. Gutzkow und zunächst die, von demselben vorgeschützte Einrede der fehlenden Kompetenz der hierländischen Gerichte zur Untersuchung und Aburtheilung der hier fraglichen Preßvergehen betrifft, daß diese Einrede bereits durch die diesseitigen Entscheidungsgründe zum Erkenntnisse vom 5. d. M. in Betreff der Berufung des Dr. Gutzkow gegen die Anordnung des Personalverhafts, als unbegründet dargestellt worden ist *);

In Erwägung, zur Sache selbst, daß es zwar weder nach den Vorschriften unserer Gesetzgebung, noch nach dem Geiste derselben für strafbar zu erachten ist, wenn Jemand seine Ansichten über Religion überhaupt, oder über Glaubenssätze der christlichen Religionsgesellschaft insbesondere, frei und offen in Rede oder Schrift ausspricht; sollten diese Ansichten auch den herrschenden Religionsgrundsätzen widerstreiten oder in der Art ihrer Mittheilung aus dem literarischen Standpunkte Tadel verdienen, da in dieser Hinsicht die Ueberzeugung eines Jeden ungebunden erscheint und der Criminalrichter weder die Grundsätze des Glaubens noch die wissenschaftliche Beschaffenheit einer Rede oder Schrift zur Unterlage seiner Urtheile machen darf;

In Erwägung aber, daß, wenn auch hiernach, aus dem Gesichtspunkte des Strafrechts betrachtet, die Ansichten und Urtheile der Staatsbürger und die freie Darlegung derselben an und für sich einer Strafbarkeit überall nicht unterliegen, doch die Form, in welcher sie durch Rede oder Schrift mitgetheilt werden, gegen Strafgesetze verstoßen und daher zur Anwendung der letztern Anlaß geben kann;

In Erwägung, daß es dem gemäß bei der rechtlichen Beurtheilung der Strafbarkeit der in vorliegendem Falle incriminirten Stellen nicht darauf ankommen kann, ob dieselben an und für sich richtige oder unrichtige Sätze über Religion oder dergleichen enthalten, und ob die Schrift als Kunstprodukt an Fehlern leide oder nicht, sondern daß es nur darauf ankommt, ob durch die Form der Darstellung in diesen Stellen die von dem Staatsanwalt bezeichneten Verbrechen und Vergehen begangen und die in Antrag gebrachten Strafen verwirkt seien oder nicht;

In Erwägung, anlangend die, dem Dr. Gutzkow zur Last gelegte Gotteslästerung, daß dieses Verbrechen nach dem in dieser Hinsicht bei uns geltenden gemeinen Strafrechte (Strafedict §. 39, für die Presse aufrecht erhalten durch das Preßgesetz vom 1. März 1832 §. 19) von zweifacher Art, nämlich unmittelbare oder mittelbare Gotteslästerung seyn kann **);

In Erwägung, daß zum Thatbestand der unmittelbaren Gotteslästerung erfordert werden, Schmähungen gegen die Gottheit durch Entziehung der ihr zukommenden, oder durch Beilegung ihr nicht zukommender Eigenschaften, oder durch andere gegen sie gerichtete Worte oder

---

*) Die hierher bezüglichen Entscheidungsgründe lauten also:

J. E., daß die Zuständigkeit der hierländischen Gerichte für die strafrechtliche Verfolgung der hier fraglichen Handlungen ihre gesetzliche Unterlage durch §. 30 des Preßgesetzes erhält, wornach auch der auswärtige Verfasser, Redacteur, Verleger und Drucker vor die inländischen Gerichte gezogen werden kann, wenn die Schrift einen strafbaren Angriff gegen das Inland oder gegen einen Inländer enthält;

J. E., daß letztere Voraussetzung hier eintrifft, weil die incriminirten Stellen nach der Anschuldigung (von deren Begründetheit oder Unbegründetheit indeß hier noch nicht die Rede ist) sträfliche Angriffe gegen die vornehmsten Glaubenssätze der im Großherzogthum anerkannten christlichen Religionsgesellschaften, so wie eine Herabwürdigung dieser Religionsgesellschaften selbst, somit Angriffe gegen inländische Körperschaften und gegen die durch besondere Strafgesetze in Schutz genommenen Glaubenssätze derselben enthalten sollen;

J. E., daß diese für Preßvergehen speziell gegebene Bestimmung hier um so mehr zur Anwendung kommen muß, weil die fraglichen Schriften im Lande verlegt, die Anordnung der Verbreitung von dem inländischen Verleger ausgegangen und letztere durch wirklichen Absatz einer Anzahl von Exemplaren innerhalb des Großherzogthums in diesem selbst vollzogen, das Vergehen, sofern die Schriften ein solches enthalten, demnach als im Lande begangen anzusehen ist, in welchem Falle selbst nach den Vorschriften der Erläuterungen zum Strafedicte (die übrigens sogar die Bestrafung von Ausländern wegen im Auslande begangenen Verbrechen nicht ausschließen, §. 4 b) die hierländische Kompetenz begründet erscheinen würde, da nach §. 2 der Bezirk des begangenen Verbrechens den Richter für Criminaluntersuchungen sowohl gegen Inländer als Ausländer bestimmt;

J. E., daß Dr. Gutzkow nicht, wie in der Berufungsrechtfertigungsschrift behauptet wird, dadurch von der Verfolgung der inländischen Gerichte als liberirt anzusehen ist, daß er seine Schriften an den Verleger derselben verkauft haben will, weil der Verfasser einer Druckschrift, so fern Druck und Herausgabe mit seinem Wissen und Willen erfolgt sind, unter allen Umständen zunächst für den Inhalt verantwortlich ist; Preßgesetz §. 25 ꝛc. ꝛc. Bayer.

**) Die blos doctrinelle Eintheilung in mittelbare und unmittelbare Blasphemie ist im Art. 103 der Halsgerichtsordnung und im §. 39 unseres Strafedicts nicht begründet, sondern dort für jene Schmähungen, welche auf Gott und Christum direkten Bezug haben, lediglich nur eine Strafschärfung statuirt.

Bayer.

Digitized by Google

Handlungen, welche in der Absicht offen an den Tag gelegt werden, dadurch eine Verachtung oder Geringschätzung des höchsten Wesens zu erkennen zu geben, während unter mittelbare Gotteslästerung, Schmähungen gegen sonstige Gegenstände der religiösen Verehrung der Christen, in gleicher Absicht ausgestoßen, gehören;

In Erwägung, daß die Anklage, in wie weit solche auf das Verbrechen unmittelbarer Gotteslästerung gegründet wird, nicht für gerechtfertigt zu erachten ist;

In Erwägung nämlich, daß der Anklage zwar nicht mit Bezug auf manche Rechtslehrer entgegen gehalten werden kann, eine unmittelbare Gotteslästerung werde nur durch Schmähungen gegen Gott selbst, nicht aber solche gegen Christus begangen, weil aus den Worten der Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 1 §. 2, worin „Gott und die allerheiligste Menschheit unseres Erlösers" als gleichartig neben einander gestellt erscheinen, zu entnehmen ist, daß die Gesetze Lästerungen gegen Christus jenen gegen Gott gleich stellen, diese Gleichstellung auch nach den Vorschriften des §. 39 des Strafedicts als durch die Worte und durch den Geist unserer Partikulargesetzgebung bestätigt anzusehen ist;

In Erwägung, daß auch der Umstand den Angeschuldigten unbedingt zu schützen nicht geeignet ist, daß er die incriminirten Stellen seiner Schrift in dieser nicht geradezu als Ausdruck seiner eigenen Ansichten und Gesinnungen darstellt, dort vielmehr fingirte Personen als redend anführt;

In Erwägung, daß es in dieser Hinsicht zwar niemals strafwürdig erscheinen kann, wenn ein Dichter, der in einer fingirten Person irgend ein Laster oder eine religiöse Verirrung und deren Folgen zu schildern sucht, einer solchen Person im Fortgang des Charaktergemäldes die grellsten Aeußerungen, ja wahre Blasphemien in den Mund legt, wenn nur das Ganze und Einzelne überall klar und unzweifelhaft zeigt, daß das Laster als Laster und die Verirrung als Verirrung mit hinlänglicher Schärfe gezeichnet sei, und die geeignete poetische Vergeltung finde;

In Erwägung dagegen, daß, wo dieß nicht der Fall ist, wo mit mehr oder weniger Ruhe geschriebene Theile eines dichterischen Werkes, in denen zwar eine fingirte Person redend auftritt, deren Charakter aber nicht scharf als lasterhaft dargestellt ist, und deren Schicksal man nicht erfährt, Blasphemien oder sonstige Vergehen enthalten, derjenige, welcher für die Schrift verantwortlich ist, sich mit Hinweisung auf die dichterische Licenz allein keineswegs frei machen kann, weil es sonst nur von der Wahl einer solchen Form abhängig seyn würde, ob man für derartige Vergehungen gestraft werden könne oder nicht;

In Erwägung, daß die meisten der, der Anklage in vorliegender Beziehung zum Grund gelegten Stellen gerade der letztern Gattung angehören, indem die Cäsar in den Mund gelegten „Geständnisse über Religion und Christenthum" nach der Anlage der Schrift keineswegs als verabscheuungswürdig, im Gegentheile schon ihrer Form und Fassung nach eher als empfohlen dargestellt erscheinen;

In Erwägung, daß letzteres um so mehr anzunehmen ist, als der Verfasser dort, wo er selbst spricht, die fraglichen Geständnisse Cäsars nicht nur nicht undeutlich billigt, sondern deren Verbreitung als Tendenz seiner Schrift bezeichnet;

In Erwägung, daß hierher namentlich eine Stelle aus dem Anhange zur Wally, überschrieben „Wahrheit und Wirklichkeit," gehört, besagend:

> „Wenn man in Anschlag bringt, daß entschieden schon in der französischen Literatur, ohne alle Widerrede auch bei uns allmählig eine Poesie der ideellen Wahrheit und reellen Unwirklichkeit sich zu entfalten beginnt, wenn man diese Frauengebilde betrachtet, welche die Phantasie der jetzigen begabteren Dichter erfindet, diese originellen Situationen und allem Herkommen widersprechenden Sitten, sollte man diese Erscheinung nicht für beziehungsreich halten für unser zukünftiges Leben, für die Existenz in der Wirklichkeit, für die weite Unterlage der Masse und des allgemeinen Glaubens? Es ist wahr, die Dichter fangen an auf einer lustigeren Bahn zu wandeln, sie schaffen sich ihre eigenen Welten mit Thronen, die ihre Phantasie erbaute; mit Richterstühlen, die ihre eigene Gesetzgebung haben; mit einem Gottesdienst, dessen Priester nur noch die kleine Gemeinde selbst ist."
>
> „Es baut sich eine Wahrheit der Dichtung auf, der in den uns umgebenden Constitutionen nichts entspricht, eine ideelle Opposition, ein dichterisches Gegentheil unserer Zeit, das einen zweifachen Kampf wird zu bestehen haben, einmal einen gegen die Wirklichkeit selbst als constituirte Macht mit physischer Autorität, sodann eine gegen die Poesie der Wirklichkeit, welche so viele Dichter und so viele Kritiker für sich hat."
>
> „Dies ist ein Symptom unserer Zeit, aus dem wir bis jetzt noch keinen weiteren Schluß ziehen wollen, als einen, der vielleicht außerhalb der Literatur liegt, den ich aber nicht verschweigen will, weil jedes, was die Menschheit ehrt, auf den Lippen der Enthusiasten brennt. Man verwirft mit Recht das Experimentiren mit der Menschheit, aber man geht darin weiter als man darf, ohne die Menschheit zu beleidigen."
>
> „Wir fürchten uns, den Zeitgenossen etwas zu entziehen, wovon wir uns einbilden, daß es zu ihrem Leben nöthig ist. Wir glauben an die Institutionen in Sitte, Meinung und politischer Einrichtung, wie an die unerläßlichen Lebensbedingungen der Jahrhunderte, als wenn die Menschheit keine inneren Quellen hätte; als wenn sie untergienge, wenn ihr sie aus der ganzen

Digitized by Google

Sündfluth ihrer Existenz plötzlich nackt und noch triefend auf den Ararat versetzte! Als wenn die Menschheit nicht immer die erste seyn wird, die sich hilft und diejenige, welche für sich den besten Rath weiß! Sie zucken die Achseln, wie unvorsichtige Aerzte, sie fürchten für das Leben des Patienten und quacksalbern an den alten Schäden herum; aber nehmt der Menschheit ein Bein ab, sie wird sich ein neues machen, nehmt ihr, um nur eines, was unmöglich scheint, zu nennen, z. B. das Christenthum, glaubt ihr, daß sie untergehen wird? Nehmt ihr euere Gesetzbücher, eure Verfassungen, nehmt ihr zuletzt das worauf alles ankömmt, nehmt ihr Euch selbst! — und die Menschheit wird fortbestehen. Sie wird alles ertragen, und durch Felsen vom stärksten Granit noch immer einen Weg finden, der sie zu ihrem Ziele führt."

In Erwägung, daß Gleiches zu entnehmen ist aus der Schrift: „Vertheidigung gegen Menzel", in welcher der Verfasser S. 34, 35 sagt:

„Selbst nach dem Erscheinen meiner Wally kann man mir unmöglich zutrauen, daß ich etwas anders im Sinne habe, als eine Verbesserung des mißverstandenen Christenthums." —

„Eine jede Verbesserung ist kritischer Art in ihrer ersten Potenz. Alle meine Einwürfe gegen das Christenthum sind kritisch. Sie gehen auf den Ursprung des Christenthums zurück ꝛc. ꝛc."

In Erwägung, daß dies bestärkt ist durch die ferner von Dr. Gutzkow selbst zu den diesseitigen Acten gegebene Schrift: „Appellation an den gesunden Menschenverstand" worin S. 16 gesagt ist:

„In diesem Sinne ist auch mein Roman geschrieben, wenn er überhaupt eine direkte Tendenz hat. Es ist die Tendenz, dem Christenthum im 19. Jahrhundert eine neue Wegbereitung in den Gemüthern zu geben, es in Einklang zu bringen mit den Stimmungen und Bedürfnissen dieser Zeit, es zur Angel einer neuen Bewegung zu machen."

In Erwägung jedoch, daß eine unmittelbare Gotteslästerung darum nicht als vorhanden anzunehmen ist, weil da, wo in den incriminirten Stellen von Jesus die Rede ist, eine Absicht des Verfassers, gegen ihn zu schmähen, ein Vorsatz, ihn zu verachten, nicht als vorhanden angenommen werden kann, während nach dem Obigen die Reichsgesetze und namentlich die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 1 §. 2 und Tit. 3 §. 1 *) ein „freventliches verächtliches Lästern" so wie die besten Rechtslehrer den „wirklichen Vorsatz" zu schmähen, ausdrücklich fordern.

In Erwägung nämlich, daß den incriminirten Stellen, welche in dieser Hinsicht anstößig sind, nämlich

S. 271, 272. „In Judäa, einem sehr barocken Lande, trat ein junger Mann, Namens Jesus, auf, der durch eine bedenkliche Verwirrung seiner Ideen auf den Glauben kam ꝛc. ꝛc. Jesus war unehelichen Ursprungs ꝛc. Es war ihm, als müßte er einen Auftrag erfüllen, über den er Zeit seines Lebens nicht im Klaren war. Er adoptirte den Glauben an einen verheißenen König ꝛc. ꝛc. Jesus wußte selbst da noch nicht wo hinaus, als er die ersten unbesonnenen Schritte gethan ꝛc. ꝛc.

S. 274. „Jesus war nicht der größte, aber der edelste Mensch, dessen Namen die Geschichte aufbewahrt hat ꝛc. So kam es auch, daß die verunglückte Revolution des Schwärmers Jesu etwas zurückließ, was zuletzt eine Religion wurde."

S. 283. „Auf die individuellen Begegnisse eines unglücklichen Menschen wird eine Religion gebaut ꝛc. ꝛc. Armer Rabbi von Nazareth!"

nach dem Zusammenhange, in welchem sie mit dem Abschnitte, dem sie angehören, stehen, keine besondere, d. h. keine andere Absicht unterstellt werden kann, als welche dem ganzen Abschnitt zum Grund gelegt werden muß, nämlich nicht die Absicht einer Lästerung Jesu, sondern die Absicht, Ansichten über das Christenthum zu veröffentlichen, nach welchem dieses von allem Glauben im engeren Sinne entkleidet und als bloßer Inbegriff von Sittenvorschriften dargestellt wird, unter Einflechtung einer Erzählung über das Leben Jesu und über die Entstehung und geschichtliche Fortbildung des Christenthums, wie schon Mancher, der nicht an die höhere Sendung Jesu glaubte, darzustellen gesucht hat;

In Erwägung, daß demnach die eben bezeichneten Stellen nur den Zweck haben, das Leben und Wirken Jesu so zu erklären, wie es zu den übrigen Ansichten, die der Verfasser

---

*) Der Art. 106 der Halsgerichtsordnung weist zwar den Richter an, die Gotteslästerung nach gemeinem Recht und nach Inhalt der Reichsordnung zu bestrafen. Allein hierunter ist, da die Halsgerichtsordnung bereits auf dem Reichstage von 1532 die gesetzliche Sanktion erhalten, die viel spätere Reichspolizeiordnung von 1577 sicher nicht begriffen. Die Reichspolizeigesetze, welche dem Namen nach in peinlichen Sachen nicht wohl entscheiden können, sind durch unsere Partikularpolizeigesetzgebung längst außer Anwendung gesetzt. Zudem verordnet Abs. 1 der Einleitung zum achten Organisationsedict ausdrücklich: daß das Fundament der gerichtlichen Beurtheilung der Vergehen lediglich aus der Halsgerichtsordnung zu entlehnen, daß ihr jedoch keine andere Anwendung zu geben sei, als welche mit den in der Folge dieses Edicts zu verzeichnenden Regeln der milderen Praxis übereinstimmt.

Bayer.

Digitized by Google

Cäsar in Ansehung des Christenthums aussprechen läßt, paßt, und daß mithin denselben die Absicht einer Schmähung der Person Jesu um so weniger zu unterlegen ist, als, so sehr auch in dieser Hinsicht der Ton der Schrift getadelt werden muß, doch in den nämlichen Stellen das Streben Jesu nach höchster Sittenreinheit anerkannt und derselbe als der edelste Mensch bezeichnet wird, dessen Namen die Geschichte aufbewahrt habe *);

In Erwägung, daß die Anklage, beziehungsweise der Antrag auf Bestrafung des Dr. Gutzkow aber auch nicht begründet ist, in wie ferne die erstere eine mittelbare Gotteslästerung zum Gegenstand hat;

In Erwägung nämlich, daß eine Bestrafung der mittelbaren Gotteslästerung nach deutschem Strafrechte (Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 3 §. 1) nur dann eintreten kann, wenn der Angeschuldigte vor solchen Vergehungen bereits vorher einmal abgemahnt war, daß es also hier, wo das Daseyn dieser Voraussetzung weder in der Anklage behauptet, noch durch die Voruntersuchung hergestellt ist, auf eine Prüfung der Frage nicht ankommt, ob durch die incriminirten Stellen, in wie weit dieselben z. B. gegen das neue Testament und die Apostel gerichtet sind, nicht wenigstens eine mittelbare Gotteslästerung begangen sei oder nicht **);

In Erwägung dagegen, daß die Anklage für gerechtfertigt anzusehen ist, in wie fern dieselbe Dr. Gutzkow einer durch seine Schrift begangenen verächtlichen Darstellung der christlichen Religonsgesellschaften beschuldigt;

Nach Ansicht nämlich der Stellen, welche gegen den Glauben dieser Religionsgesellschaften gerichtet, und welche eben mit Hinweisung auf die Seiten 83, 266, 267, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 290, 291 und 318 der Schrift „Wally" angeführt worden sind;

Nach Ansicht des §. 21 des Preßgesetzes vom 1. März 1832, besagend:

> „Wer eine im Großherzogthum anerkannte Religionsgesellschaft in Druckschriften oder Bildwerken durch Ausdrücke der Verachtung oder verächtliche Darstellungen angreift, oder der Verachtung Preis zu geben sucht, verfällt in eine Geldstrafe von 5 bis 100 fl., oder in eine Gefängnißstrafe bis zu 3 Monaten;"

In Erwägung, daß die angeführten incriminirten Stellen ihrer Form nach die Grenzen einer erlaubten Erörterung und Prüfung von Glaubenssätzen in dieser Hinsicht nicht nur weit überschreiten, vielmehr auch das Christenthum verächtlich darzustellen suchen, indem sie dasselbe als ein Produkt der Verzweiflung bezeichnen, es einer aus hundert Ingredienzen zusammengekochten Latwerge vergleichen, die Offenbarung eine Verfälschung der Natur und der Geschichte nennen, die Dogmen von Offenbarung und Inspiration für criminalistisch strafbar, das Christenthum für ein episches Gedicht, für eine kleine Anekdote, für einen thörichten Glauben, die Glaubenssätze für Ammenmährchen und poetische Grillen erklären u. dgl.;

In Erwägung, daß die Absicht des Verfassers der fraglichen Stellen, durch letztere den Glauben der in diesseitigem Großherzogthum anerkannten christlichen Religionsgesellschaften verächtlich hinzustellen, sowohl nach den angeführten einzelnen Sätzen, als auch nach dem Inhalt und Ton, welcher den Abschnitten, überschrieben: „Geständnisse über Religion und Christenthum" und „Wahrheit und Wirklichkeit", überhaupt eigen sind, keinem rechtlichen Zweifel unterliegt;

In Erwägung, daß vielmehr aus der ganzen Schrift erhellt, daß Dr. Gutzkow mit seiner Hauptabsicht, seine Ansichten

---

*) In den angeklagten Stellen wird Jesus als ein verwirrter Schwärmer als ein Abenteurer und falscher Prophet, als ein Gaukler und Revolutionär, als der unwillkührliche Stifter einer Religion u. s. w. dargestellt; es wird seine göttliche Eigenschaft und Sendung für ein leeres Hirngespinnst erklärt und sein erhabener Geist in den Kreis von Thieren heruntergezogen, die im gemeinen Leben für die Repräsentanten der Dummheit gelten. — Diese unwidersprechbaren Lästerungen haben auf Christum direkten Bezug. Die Absicht, zu schmähen, liegt in der Form der gebrauchten Ausdrücke und bedarf keines weiteren Beweises mehr, welcher übrigens in der unverholen ausgesprochenen Tendenz des Verfassers leicht zu finden ist, die dahin geht: das mißverstandene Christenthum zu verbessern, demselben eine neue Wegbereitung in den Gemüthern zu geben, es in Einklang zu bringen mit den Stimmungen und Bedürfnissen dieser Zeit, es zur Angel einer neuen Bewegung zu machen, d. h. es zu modernisiren und nach dem Zeitgeist zuzuschneiden. Hiernach ist es nur allzuklar, daß die hehre Person des Stifters der christlichen Religion planmäßig in den Staub gezogen werden wollte. Wahrlich dürfte es auch Demjenigen, welcher von Jemanden sagt: er ist ein Erzbetrüger, aber der redlichste Mensch von der Welt, nicht leicht gelingen, von der Ehrenkränkungsklage entbunden zu werden.

Bayer.

**) Wenn hierlands, wie schon gezeigt, die Reichspolizeiordnung von 1577 keine Anwendung leidet, und weder die Halsgerichtsordnung, noch das Strafedict eine Verwarnung als Bedingung der Strafbarkeit eines Gotteslästerers fordert, so zerfällt obiger Entscheidungsgrund als unhaltbar in sich selbst und läßt im Uebrigen die Frage unentschieden: ob der Angeklagte nicht wenigstens der s. g. unmittelbaren Gotteslästerung schuldig sei? Wollte man übrigens die Reichspolizeiordnung von 1577 heut zu Tage noch anwenden, so müßte man, um es nicht blos theilweise zu thun, den Gotteslästerer folgerichtig mit Abnehmung etlicher Glieder bestrafen.

Bayer.

Digitized by Google

über Christenthum zu veröffentlichen und zu verbreiten, die Nebenabsicht verband, die auf dir bisherigen Grundsätze gegründeten Religionsgenossenschaften mit einer Geringschäzzung und Verächtlichkeit zu behandeln, die für jrne nur verletzend erscheinen kann;

In Erwägung, daß der Angeklagte sich durch Bezug auf die, dem Verfasser eines dichterischen Wrrkes zukommenden Freiheiten auch hier nicht der Verantwortlichkeit und Strafbarkeit entziehen kann, aus Gründen, die bereits oben entwickelt worden sind;

In Erwägung, daß die Anklage dagegen nicht für begründet zu erachten ist, in wie fern darin Dr. Gutzkow der Darstellung eines unzüchtigen Bildes beschuldigt wird;

Nach Ansicht nämlich der oben, mit Hinweisung auf S. 120 bis 131 der Schrift „Wally" wörtlich angeführten Stellen;

Nach Ansicht des §. 22 des Preßgesetzes vom 1. März 1832, besagend:

> „In die nämliche Strafr (§. 21) verfällt, wer durch Darstellung unzüchtiger Gegenstände in Druckschriften oder Bildwerken öffentliches Aergerniß gibt";

In Erwägung, daß zwar die angeführten Stellen unzweifelhaft die Sittlichkeit in nicht geringem Grade verletzen, daß jedoch diese Stellen keine solchr Darstellung enthalten, wir sie das Gesetz unter dem Ausdruck: „Darstellung unzüchtiger Gegenstände" erfordert *);

In Erwägung, dir zu erkennende Strafe betreffend, daß der oben allegirte §. 21 des Preßgesetzes auf verächtliche Angriffe gegen anerkannte Religionsgesellschaften keinr fest brstimmte Strafr setzt, sondern eine Geldstrafr von 5 — 100 fl. oder eine Gefängnißstrafe bis zu drei Monaten bestimmt;

In Erwägung, daß bri Bestimmung der Strafe zu berücksichtigen ist, daß die verächtliche Darstellung der christlichen Religionsgesellschaften nach dem Obigen nicht als Hauptabsicht des Abschnittes „Geständnisse" erscheint, und daß Dr. Gutzkow seit dem 30. November v. J. sich im Sicherheitsverhafte befindet;

In Erwägung, daß bei der Beschaffenheit des Vergehens, dessen Dr. Gutzkow für schuldig erkannt wird, nach §. 24 des Preßgesetzes zugleich die Vernichtung der vorhandenen und vorfindlichen Exemplarr der Schrift „Wally" nach dem Antrage des großherzoglichen Staatsanwalts zu verordnrn ist;

In Erwägung, was hiernächst den glrichfalls angeschuldigten Dr. Zacharias Löwenthal betrifft, daß bei der Beurtheilung und Bestrafung der Preßvergehen in Ansehung der verschiedenen Personen, welche zur Begehung und Vollendung eines solchen Vergehens mitwirken, nicht die allgemeinen Grundsätze über Bestrafung der Miturheber und Gehülfen anzuwenden sind;

In Erwägung, daß für Prrßvergehen vielmrhr in dieser Rücksicht durch den §. 25 des Preßgesetzes singulärr Vorschriften gegeben sind, indem es darin heißt, daß die zum Erscheinen einer Druckschrift mitwirkendrn Personen in der dem Paragraphen zu Grund gelegten Ordnung ihrer Benennung, also nacheinander, nicht nebrneinander verantwortlich seyn sollen;

In Erwägung, daß, sollte man auch drn §. 25 des Preßgesetzes in dieser Hinsicht nicht vollständig klar findrn, der ihm hier beigelegte Sinn durch die auf gleichen Grundsätzen beruhende Bestimmung des §. 4 ibid. außer Zweifel gesetzt wird, indem es hier heißt:

> „der Vrrbreiter wird von der Verantwortlichkeit frei durch die Darstellung des inländischen Verlegers oder Druckers, und der Drucker durch Darstellung des Verlegers";

In Erwägung nun, daß nach §. 25 zuvörderst der hier dargestellte Verfasser, welcher bekennt, daß Druck und Herausgabr mit seinrm Wissen uud Willen grschehen sind, und erst in drittrr Ordnung der Verleger, in welcher Eigenschaft Dr. Löwenthal angeklagt ist, haftet, daß demnach die Anklage, in wie weit sie gegen diesen gerichtet ist, hinfällig erscheint;

In Erwägung, daß dir Beurtheilung der Strafbarkeit des Dr. Löwenthal wegen Verlegung des Romans „Wally" ohne Verlegungsrecht, den Aufsichtsbehörden über die Gewerbe zusteht;

In Erwägung rndlich, die Kosten betreffend, daß eine verhältnißmäßige Theilung drrselben zwischen Dr. Gutzkow und der großherzoglichen Staatskasse darum anzuordnrn ist, weil Dr. Gutzkow nur in einem Punktr unterliegt, in allen übrigrn aber die Anklage verworfen wird;

Aus diesen Gründen wird nach Vorlesung der Anklageschrift und Anhörung des großherzoglichen Staatsanwalts, so wie der Vertheidigung der Angeklagten und ihrer Anwälte hiemit zu Recht erkannt:

> „daß die gegen Dr. Zacharias Löwenthal, wegrn Verlegung drs Romans „Wally, die Zweiflerin" gerichtete Anklage gänzlich, und die Anklage gegen Dr. Karl Gutzkow wegen Gotteslästerung und wegen Darstellung unzüchtiger Gegenstände ebenfalls zu verwerfen, daß dagegen Dr. Gutzkow der durch dir Presse begangenen verächtlichen Darstellung des Glaubens der christlichen Religionsgesellschaften für schuldig zu rrklären, und deßwegen zur Erstehung einer Gefängnißstrafe von vier Wochrn zu verurtheilen, auch die mit Beschlag belegten gleich den in inländischen Buchhandlungen noch vorräthigen Exemplare des Romans „Wally" zu vernichten, endlich aber die Kosten zu ⅔ der großh. Staatskassr und zu ⅓ dem Dr. Gutzkow zuzuscheiden seien.
>
> V. R. W.

Dessrn zu Urkund ist dieser Urtheilsbrief ausgrfertigt und mit drm größeren Gerichtssiegel versehen worden.

So geschehen Mannheim den 12. Januar 1836 rc. rc.

Bayrr.

*) Es ist aber anerkannt, daß die hierher bezüglichen Stellen die Sittlichkeit in nicht geringem Grade verletzen; wie nun die Discussionen zum §. 22 des Preßgesetzes ausweisen, so hatte man überhaupt die Verletzung der öffentlichen Moral im Auge. Nach Adelungs Wörterbuch hat das Wort „Unzucht" zu bedeuten: Mangel an Zucht, Ungesittetheit, Unanständigkeit, Frevel, Unfug, Ausschweifung u. s. w. Züchtig heißt so viel als: den guten Sitten, der wohlanständigen Schamhaftigkeit gemäß. Das Gegentheil davon wird durch den Ausdruck „unzüchtig" bezeichnet. — Allem dem zufolge hätte die s. g. Sigunenscene wohl unter den §. 22 des Preßgesetzes subsumirt werden dürfen. Bayer.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 17. Karlsruhe den 23. April 1836.

I.

Auch etwas über Urtheilsverkündung und ihre Folgen, in Hinsicht auf den Lauf der Appellationsanmeldungsfrist, unter Bezug auf die Abhandlung in Nr. 38 I. 1835 dieser Zeitschrift.

In der benannten Abhandlung wird der Proceßordnung der Vorwurf gemacht, daß sie die Form der Verkündung der Urtheile und ihre Folgen nicht mit der gehörigen Schärfe unterscheide, und die Begriffe von Rechtskraft und Vollziehbarkeit verwechsle. Es wird sodann die Meinung hauptsächlich ausgeführt, daß die mündliche Eröffnung des Urtheils an den Anwalt der Partei zur Begründung des Laufs der Anmeldungsfrist der Appellation nicht genüge, sondern daß nur die mündliche oder schriftliche Eröffnung an die Partei selbst, oder an ihren Insinuationsmandatar diesen Lauf erzwecke. Ich kann aber weder in die gemachten Vorwürfe, noch in die eben erwähnte Ausführung einstimmen, und glaube meine abweichende Meinung wohl begründen zu können.

Was vorerst den Mangel an Präciſion der Proceßordnung, hinsichtlich der Urtheilsverkündung mit ihren Folgen, betrifft, so scheint mir die gerade in der erwähnten Abhandlung angeführte große Menge von einzelnen hier einschlagenden Vorschriften der Proceßordnung der schlagende Beweis zu seyn, daß sie die Form der Urtheilsverkündung mit ihren Folgen sehr genau bestimmt und möglichst alles vorgesehen hat. Es werden deßhalb auch in dieser Abhandlung unter Berufung auf die selbst klar genannten Vorschriften des Gesetzes die verschiedenen Formen und Folgen der Urtheilsverkündung klar entwickelt, und da allein nur die Frage bestritten ist, ob auch die mündliche Eröffnung des Urtheils an den Anwalt der Partei zum Lauf der Appellationsanmeldungsfrist hinreiche, so würde nur diese insbesondere auf den §§. 380, 1190 der Pr. Ordn. beruhende Streitfrage einen Mangel an Präciſion des Gesetzes begründen, der mir jedoch in scharfer Auffassung dieser Vorschriften gerade nicht vorhanden zu seyn scheint.

Nicht zu bezweifeln ist es nämlich, daß nach §. 380 der Pr. Ordn. das Urtheil den Parteien oder ihren Bevollmächtigten mündlich eröffnet, oder zur mündlichen Eröffnung besondere Tagfahrt angeordnet werden kann, und da nun diese Anberaumung der besondern Urtheilseröffnungstagfahrt als Regel mit der Eröffnung am Schluß der Verhandlungen in einem und ebendemselben Paragraphen aufgestellt wird, so gilt auch für diese besondere Verkündungstagfahrt des §. 383, 384 die Voraussetzung des die Regel enthaltenden §. 380, daß nämlich die mündliche Verkündung auch an die Bevollmächtigten der Partei überhaupt geschehen kann, was insbesondere aus dem §. 386 folgt, wo von der mündlichen Verkündung der Urtheile im Allgemeinen, und dabei von der Partei oder ihrem Vertreter ohne Beschränkung auf die besondere Tagfahrt zur Urtheilseröffnung, oder auf die mündliche Eröffnung am Schluß der Verhandlnng gesprochen wird. Ist sonach die besondere Verkündungstagfahrt des §. 383, 384 in der Regel des §. 380 enthalten, so steht die mündliche Verkündung am Schluß der Verhandlung mit der mündlichen Verkündung in der besondern Tagfahrt gleich, und für die Verkündung in dieser Tagfahrt schreiben nun die §§. 383, 384 ausdrücklich vor, daß die von der Urtheilseröffnung an laufenden Fristen von der Eröffnungstagfahrt selbst, also auch von der Eröffnung am Schluß der Verhandlung an gerechnet werden. Diese Fristen sind aber, wie im §. 386 zu ersehen ist, gerade die Nothfristen der Appellation, und so wird man nicht bezweifeln können, daß, wenn die Verkündung an die Partei oder an ihren Bevollmächtigten am Schluß der Verhandlung oder in einer besondern Tagfahrt in der Regel mündlich geschehen kann, alsdann auch die Appellationsanmeldungsfrist von da an lauft, ohne Unterschied, ob die mündliche Eröffnung an die Partei oder ihren Bevollmächtigten, oder wie §. 386 sagt, an ihren Vertreter geschehen ist, denn diese Frist soll ausdrücklich von da an laufen.

Man sagt nun aber, diese mündliche Eröffnung könne zwar an die Partei oder ihren Bevollmächtigten geschehen, allein die Appellationsanmeldungsfrist laufe nach §. 1190

Digitized by Google

nur von der Zeit an, wo das Urtheil ihr selbst, oder ihrem Insinuationsmandatar mündlich eröffnet, oder ihrem Insinuationsmandatar oder ihr vom Richter oder der Gegenpartei behändigt worden seie, allein davon steht nichts in diesem Paragraphen. Vorerst ist eine mündliche Eröffnung an den Insinuationsmandatar, als solchen, gar nicht zuläßig, denn er wird nur zum Empfang der schriftlichen Ausfertigungen aufgestellt, ist sonach zur Anhörung einer mündlichen Eröffnung gar nicht bevollmächtigt, und in so fern nicht einmal der Bevollmächtigte des §. 380. Sodann aber darf man bei dem §. 1190, und es ist dieses die Entscheidung der Streitfrage selbst, nicht übersehen, daß er seine Vorschrift des Laufs der Appellationsanmeldungsfrist umfassend für beiderlei Arten der Urtheilsverkündungen, für die mündliche und schriftliche, zugleich ertheilt. Für die mündliche Eröffnung lauft die Frist, ohne weitere Beschränkung, von der Zeit der mündlichen Verkündung an die Partei, für die schriftliche Eröffnung des Urtheils aber von der Zeit, wo es der Partei (§. 262 — 263, 272 — 274) oder ihrem Insinuationsmandatar (§. 279 flg.) schriftlich behändigt worden ist. Stellen wir nun den §. 1190 mit den §§. 380, 386 zusammen, so finden wir sogleich, daß die §§. 380, 386 wohl ganz genau bestimmt hatten, von wann an die Nothfristen der Appellation bei der mündlichen Eröffnung des Urtheils laufen, daß sie aber von dem Lauf dieser Nothfristen bei der ausnahmsweisen schriftlichen Eröffnung des Urtheils lediglich nichts erwähnten. Dieses, aber auch nur dieses, wird nun im §. 1190, unter Bezug auf verschiedene andere Paragraphen der Proceßordnung sehr genau nachgeholt und bestimmt, und für diese schriftliche Eröffnung gelten also die Bestimmungen des Laufs der Appellationsanmeldungsfrist im §. 1190, welche als solche noch nirgends ertheilt waren. Eben weil aber der §. 1190 für den Lauf der Appellationsanmeldungsfrist bei mündlicher Eröffnung an die Partei gar keine weitere Bestimmung ertheilt, so bezieht er sich hierwegen auf die §§. 380, 386 zurück, und wenn nach diesen Paragraphen bei der mündlichen Eröffnung an den Bevollmächtigten die Nothfristen der Appellation laufen, so laufen sie auch nach den Bestimmungen des §. 1190, denn dieser macht hieran keine Aenderung, oder auch nur eine nähere Bestimmung. Gerade aber die im §. 1190 für schriftliche Eröffnung des Urtheils ertheilten nähern Bestimmungen beweisen es, daß die mündlichen Eröffnungen an die Bevollmächtigten zum Lauf der Appellationsfristen genügen, denn indem bei der schriftlichen Eröffnung der Gesetzgeber, durch ausdrücklichen Bezug auf die §§. 262, 263, die unmittelbar folgende Behändigung an den Anwalt der Partei im §. 264 ausschließt, begreift er die nach §§. 380, 386 zuläßige mündliche Eröffnung an ihren Bevollmächtigten durch dessen nicht geschehenen Ausschluß in sich, und läßt es bei ihr nach der Regel der §§. 380—386 bewenden. Der §. 1192 beweist dagegen nichts, denn er setzt gerade zu seiner Vorschrift des Anfangs der Appellationsanmeldungsfrist die Beschränkung voraus, daß diese Frist nicht schon durch mündliche Eröffnung des Urtheils zu laufen angefangen habe, und indem er auch hier wieder an dieser mündlichen Eröffnung nichts ändert, bestätigt er nur, daß er es deßhalb bei den Vorschriften der §§. 380 — 386 belassen will.

Aendern sonach die §§. 1190, 1192 lediglich nichts an den Vorschriften der §§. 380—386, und nimmt man mit Recht an, daß diese Paragraphen von der mündlichen Eröffnung des Urtheils auch an die Bevollmächtigten handeln, so wird man den Lauf der Appellationsanmeldungsfrist um so mehr von dieser Eröffnung an beginnen lassen, als der Gesetzgeber nirgends wie im Fall des §. 657 vorgeschrieben hat, daß die mündliche Eröffnung allein nur an die Partei geschehen könne, und als überhaupt, und der Natur der Sache nach, alle mündlichen Vorkommenheiten der Processe, abgesehen von der Eidesleistung, durch gehörig Bevollmächtigte der Partei gültig geschehen können.

Eine Verwechslung der Begriffe von Rechtskraft und Vollziehbarkeit läßt sich aber doch unsere Proceßordnung nirgends zu Schulden kommen, denn gerade im §. 945, wo von dem Verhältniß beider zu einander die Rede ist, unterstellt sie die Rechtskraft, da, wo es nöthig ist, als die Begründung der Vollziehbarkeit eines Urtheils, und läßt ihr im Uebrigen ihren besondern Begriff, und ihre eigenthümlichen Wirkungen, und nicht nur implicite, sondern ausdrücklich in den §§. 1180 seq., 1187 läßt sie Urtheile vollziehen, gegen welche gerade Rechtsmittel ergriffen sind, und bei denen also von einer Rechtskraft keine Rede ist. Die Bestimmungen der Pr. Ordn. hinsichtlich des Verhältnisses der Rechtskraft und der Vollziehbarkeit, lassen sich daher auf den einfachen Satz reduciren, daß jedes zu vollziehende Urtheil in der Regel auch rechtskräftig seyn soll, und daß sonach bei der Vollziehung eines nicht rechtskräftigen Urtheils nachgewiesen werden muß, daß es zum Vollzug der Rechtskraft nicht bedarf. Uebrigens ist im §. 388 der Pr. Ordn. nicht zu übersehen, daß er nicht wie der §. 389 sagt, die Rechtskraft tritt ein, sondern daß er nur sagt, die Rechtskraft nimmt ihren Anfang, und daß er damit gerade für den Fall einer Verfallenerklärung der Appellation sagen will, es wird zwar, wenn die Verfallenerklärung nicht mehr durch die Wiederherstellung gut gemacht wird, die Rechtskraft vom Tag der Verfallenerklärung an gerechnet, allein vollständig eingetreten ist sie noch nicht, denn eben durch die Wiederherstellung wird sie wieder aufgehoben. So nimmt auch die Rechtskraft nach §. 388 ihren Anfang von Ablauf der Appellationsanmeldungsfrist, und doch tritt

Digitized by Google

ſie nicht wirklich ein, wenn der Appellant noch im Lauf der Ausführungsfriſt der Appellation ſeine Beſchwerdeſchrift nach §. 1196 einbringt. Deßhalb glaube ich auch, daß in den Fällen der §§. 1201, 1202, welche von der in Zeit geſchehenen Appellationsanmeldung ausgehen, auch nach der Verfallenheitserklärung der Appellation das Urtheil nicht vollzogen werden darf, wenn der Verurtheilte das Verſäumte durch Einreichen der Appellationsbeſchwerdeſchrift wieder gut macht. Denn durch Gutmachen des Verſäumten iſt auch der im §. 388 erwähnte Anfang der Rechtskraft wieder gut gemacht, demnach das Urtheil nicht rechtskräftig, folglich auch nicht nach §. 945 vollziehbar. Gerade deßhalb ſagt auch der §. 1202 nicht, das Urtheil wird vollſtreckt, ſondern nur, es kann um Vollziehung angeſucht werden, und wenn nun dieſes Anſuchen geſchieht, und der Executionsbeklagte weist nach, daß er unterdeſſen den §. 1203 benutzt hat, ſo mangelt die Rechtskraft, und der Richter weist die Execution zurück. Uebrigens würde dem Beklagten auch noch der §. 959 Nr. 3, wornach Einhalt ertheilt wird, bei ergriffenen Rechtsmitteln in der Hauptſache zur Seite ſtehen, und wenn man bedenkt, daß die zum Vollſtreckungsgeſuch auszuhaltende Urtheilsfriſt der §§. 944, 1202 in den meiſten Fällen wohl eben ſo lang, wenn nicht länger, als die Friſt des §. 1203 iſt, ſo wird der Appellat von der geſchehenen Einreichung der Appellationsbeſchwerdeſchrift noch im Lauf der Friſt zum Vollſtreckungsgeſuch Nachricht erhalten, und alsdann in Anbetracht des §. 959 Nr. 3 nicht leicht ein Vollſtreckungsgeſuch einreichen. Im Fall des §. 1205 wird aber das Urtheil nicht wegen der Verfallenerklärung der Appellation, ſondern nach §. 1187 vollſtreckt, wenn nämlich die Appellationsanmeldungsfriſt verſäumt war. Sander.

II.

Curiosa.

1.

Bei dem Amte A. wurde eine Beſitzklage wegen Störung des ausſchließlichen Weidrechts erhoben, und von demſelben im Laufe der Verhandlungen folgender Zwiſchenbeſcheid ertheilt:

Würde der klägerſche Theil innerhalb vierzehn Tagen zerſtörlicher Friſt rechtsgenügend erweiſen, daß ihm auf der Gemarkung R. ein ausſchließliches Schafweidrecht zuſtehe, wobei er ſich aller Beweismittel rechtlicher und geſetzlicher Ordnung nach mit bedienen könne, dagegen die Beklagte, daß ihr die Errichtung einer beſondern Schäferei und die Mitweide allda zuſtehe, ſo würde beiden Theilen, Gegenbeweis in gleicher Friſt vorbehaltlich, weiter ergehen, was Rechtens iſt.

V. R. W.

Dieſes Beweiserkenntniß war mit folgenden Entſcheidungsgründen begleitet:

Klägerin behauptet in ihrem Klagvortrag ein ausſchließliches Schafweiderecht auf R. Gemarkung und verband damit eine Beſitzklage, ohne in ihrer erſten Eingabe den erforderlichen Erwerbtitel definitiv anzugeben und vorzulegen; ſpäter durch den beklagten Anwalt hierauf aufmerkſam gemacht, ſtützte ſie ſich zu dieſem Behufe auf die unvordenkliche Verjährung, verfehlte aber in den übergebenen Beweisartikeln und Erklärungen total gegen die Vorſchrift, enthalten im Regierungsblatt vom Jahr 1803 Nr. X, und ließ auch ihre ſonſtigen Rechtzuſtändigkeiten völlig außer Acht; bei dieſem Verhalt konnte man ſich auf das von ihr in Anſpruch genommene abgekürzte Verfahren dieſſeits nicht einlaſſen, eben ſo wenig findet man ſich dieſſeits bewogen, ſie auf ihre weiter geeigneten Schritte aufmerkſam zu machen; um jedoch das bisherige Verfahren nicht völlig abzuſchneiden und dadurch größere Weitläufigkeiten zwecklos herbeizuführen, auch von den Beklagten bei Errichtung der Schäferei ganz willkührlich ohne Berückſichtigung der durch das Miniſterium des Innern erlaſſenen Ordination vom 22. Oktober 1827 und ohne oberpolizeiliche Genehmigung verfahren worden, ſo muß in dieſer und jeder andern Berückſichtigung die Feſtſetzung obigen Zwiſchenbeſcheids gegründet erſcheinen.

2.

Bei demſelben Amte wurde eine angezeigte Appellation für verfallen erklärt, ohne daß der Appellat darum nachgeſucht hatte. Der appellantiſche Anwalt zeigte gegen dieſes Verſäumungserkenntniß wegen verletzten Vorſchriften des Verfahrens die Berufung an, und es ergieng folgende Verfügung:

Prod. Appellationsanzeige vom 27. v. M.

Beſchluß:

In Erwägung, daß §. 1201 der Pr. Ordn. noch ziemlich ungewohnt iſt, wie man bereits ſchon allzuvielfältig erſehen, wodurch ſich der obſiegende Theil, wie nun hier, ſelbſt benachtheiligt;

In ferenerer Erwägung, daß jedoch klägerſcher Theil auf den Vollzug des amtlichen Erkenntniſſes, zwar nicht in geeignetem Antrag, ſchon mehrmals angerufen;

In Berückſichtigung, daß nach Lage und Ausweis der Acten die höhere Berufung wegen Verſäumung der Aufſtellung und Einführung der Beſchwerden in der geſetzlichen Friſt allerdings offenbar verfallen iſt;

In Anbetracht, daß bei dieſem Sachverhalt allerdings die höhere Entſcheidung hierüber nicht umgangen werden kann; iſt

Beſchluß:

wird dieſer Appellationsanzeige allerdings willfahret, und ſollen die Acten innerhalb der nächſten acht Tage an die großh. Hofgerichtsregiſtratur abgeſendet werden.

Digitized by Google

III.

Hofgericht Rastadt.

Kompetenzkonflikt zwischen dem Kriegsministerium nnd dem Stadtamt Karlsruhe wegen der Pension eines frühern Unterofficiers.

Ein aus dem Militärverband ausgetretener Unterofficier ward von seiner Frau geschieden, und ihm, als schuldigem Theil, die Pflicht der Sustentation für die Frau und die von derselben zu sich genommenen Kinder auferlegt. In Folge dessen überließ er seine Pension der Frau. Nach einigen Jahren aber bat er das Kriegsministerium, ihn wieder in seine Pension einzuweisen, und das Kriegsministerium ließ diese Bitte dem Stadtamt Karlsruhe zum Bericht zugehen, worauf dasselbe die Entscheidung der Bitte des unzweifelhaft unter die Civiljurisdiction zurückgekehrten Unterofficiers für sich vindicirte, und dieses dem Kriegsministerium einberichtete. Allein dieses erachtete das Stadtamt aus dem Gesetz vom 28. Dezember 1831, Regierungsblatt 1832 Nr. 4, für inkompetent, weil auf derlei Pensionen kein richterlicher Zugriff verfügt werden dürfe, und weil deßhalb derlei Pensionen jeder Verfügung eines Civilrichters entzogen seien, und nur jener der Militärverwaltungsbehörde unterständen. Das Stadtamt Karlsruhe beharrte aber auf seiner Kompetenz, und legte die Sache hieher zur Einleitung des Kompetenzkonfliktes vor, welchem man auch hauptsächlich aus den nachstehenden Gründen des an das Justizministerium erstatteten Berichts entsprach.

Es ist richtig, daß das Gesetz vom 28. Dezember 1831 den richterlichen Zugriff auf die Pensionen der Soldaten und Unterofficiere verbietet, allein daraus kann nur entnommen werden, daß auch der Civilrichter sich an dieses Gesetz zu binden hat, nicht aber, daß nunmehr alle rechtlichen Verhältnisse über den Bezug der Pensionsraten der Militärverwaltungsbehörde zur Entscheidung zustünden, und es kann sonach aus diesem Gesetz hier für die behauptete Inkompetenz des Stadtamts um so weniger etwas gefolgert werden, als von einem richterlichen Zugriff auf die Pension keine Rede ist. Ueber diese Pension besteht zwischen dem der Civiljurisdiction unterworfenen Pensionär, und seiner ebenfalls der Civiljurisdiction unterstehenden geschiedenen Ehefrau ein rechtliches Verhältniß, und dieses rechtliche Verhältniß will nunmehr der Pensionär aufgehoben haben. Wenn man nun auch zugeben will, daß die Frage über das Recht zum Fortbezug der Pension und über die Art und Weise der Auszahlung der einzelnen Raten den Verordnungen der Militärverwaltung untersteht, so ist immerhin davon hier keine Rede, sondern nur von der Aufhebung oder Fortdauer eines Rechtsverhältnisses unter Civilpersonen handelt es sich, und selbst wenn derlei Pensionen gänzlich dem Verkehr entzogen wären, was aber nicht so ist, so müßte eben doch die Frage über die Gültigkeit und Fortdauer eines bestehenden Rechtsverhältnisses unter Civilpersonen über eine dem Verkehr entzogene Sache vor dem Civilrichter ausgetragen werden, und daß er nicht einmal aussprechen dürfte, der Vertrag über diese Sache seie, eben weil sie dem Verkehr entzogen ist, ungültig, wird man wahrlich nicht behaupten wollen. Man könnte nur behaupten, daß er die Gültigkeit nicht aussprechen soll, und da aber jedenfalls auf eine solche Pension kein richterlicher Zugriff gestattet ist, so wird der Richter auch nicht im Stande seyn, seinen Aussprüchen durch ein gegen die Pension gerichtetes Vollstreckungsverfahren einen Erfolg zu geben, so daß die Militärverwaltung nur das Recht haben kann, etwaige richterliche Vollstreckungsverfügungen auf die Pension nicht zu befolgen. Die Pension ist aber nicht dem Verkehr hinsichtlich ihrer Raten entzogen, es können darüber Verträge geschlossen werden, und die hier allein bestehende Frage über die Fortdauer oder Aufhebung eines solchen bestehenden Rechtsverhältnisses untersteht dem Civilrichter, dem Stadtamt, und nicht der Militärverwaltung, oder der Militärjurisdiction.

Die Entscheidung dieses Kompetenzkonfliktes steht nun aus, und soll seiner Zeit mit der etwa weiters erforderlichen Beurtheilung mitgetheilt werden. Sander.

IV.

Veräußerung eines Theils einer Besoldung.

Ein Staatsdiener hatte ein schon vor mehreren Jahren ergangenes rechtskräftiges Erkenntniß gegen sich, das ihn zur Zahlung von mehr als 700 fl. sammt vieljährigen Zinsen verurtheilte.

Der Gläubiger macht, um seinen Schuldner zu schonen, einige Jahre keinen Gebrauch von diesem Urtheile, weil er weiß, daß derselbe nicht in solchen Verhältnissen ist, um Zahlung leisten zu können; da aber derselbe eine bessere Anstellung erlangt, dringt endlich der Gläubiger gerichtlich auf Zahlung. Nun kömmt in Folge dessen ein Vergleich zwischen beiden Theilen zu Stande, wornach der Gläubiger die Hälfte der Forderung sammt Zinsen nachläßt, und der Schuldner die Zahlung des Restes in Quartalraten mit dem Anfügen verspricht, daß, wenn er diese Zieler nicht einhalte, der Gläubiger das Recht haben soll, weiter als auf den sonst gesetzlich beschlagbaren Theil der Besoldung des Schuldners zu greifen, um zur Zahlung der versprochenen Zielgelder zu gelangen, und eventuell weist der Schuldner den Gläubiger in der Vertragsurkunde schon in den Bezug ein; der Schuldner hält aber nicht Wort, der Gläubiger will nun von dem ihm eingeräumten Rechte Gebrauch machen, der Richter verweist ihn aber lediglich auf §. 1023 der Pr. Ordn.

Ich glaube, daß diese Ansicht nicht die richtige ist, denn

1) kann nach der dienerschaftlichen Verfassung vom Jahr 1804, Regierungsblatt, Nr. 31 ad II 5 eine Veräußerung resp. Anweisung des zu beziehenden Gehaltes gerichtlich mittelst Bestätigung des ordentlichen Richters geschehen, wenn eine Rechtsklage oder Vergleich dazu Anlaß gibt;

2) ist diese Bestimmung in dem Edicte von 1809 Regierungsblatt Nr. 17 §. 10 dadurch bestätigt, daß es dort ausdrücklich heißt: „es bedürfe bei einer richterlichen Einweisung der Einwilligung des Dienstherrn nicht";

3) sind diese beiden Bestimmungen durch die Verordnung vom Jahr 1816 Rgsbl. Nr. 33, welche ohnehin nur von dem großh. Justizministerium ausgegangen, daher kein vollgültiges Staatsgesetz ist, namentlich so wenig aufgehoben, als durch die Proceßordnung selbst, welche nur eine zwangsweise, keine freiwillige vertragsmäßige Beschlagnahme im Auge hat. L.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe den 30. April 1836.

I.

Unter welchen Voraussetzungen ist bei einer Klage auf eine jährliche oder in andern Terminen wiederkehrende Leistung das Recht selbst als im Streit befangen und durch Urtheil entschieden anzusehen?

Die Redactionsnote in den Annalen II. 29 beantwortet die Frage dahin, daß solches nur dann angenommen werden könne, wenn die Bitte der Klage nicht blos auf Verurtheilung zu der eben fälligen Leistung, sondern zugleich auf Anerkennung des Rechtes zur Leistung gerichtet war; und es beruht diese Beantwortung der Frage lediglich auf einer Unterscheidung zwischen dem Recht an sich und der Befugniß, die einzelne Leistung zu fordern, als einem Ausflusse jenes Rechts, verbunden mit der Ansicht, daß das richterliche Urtheil den Ausfluß des Rechts wegen Mangels am Rechte selbst aberkennen könne, ohne damit das Recht selbst abzuerkennen; dies scheint mir jedoch irrig zu seyn.

Ein anderes ist's, wenn auf die, eine einzelne Leistung fordernde Klage, der Beklagte das Recht zur Leistung anerkennt, aber etwa nur die Fälligkeit bestreitet, oder von Zahlung oder andern Thatsachen Einreden dagegen ableitet; hier kann bei Begründung der Einrede die Klage abgewiesen werden, ohne daß damit das Recht selbst aberkannt wäre.

Wenn dagegen der Beklagte die Pflicht zur Leistung aus dem Grund bestreitet, weil der Kläger überhaupt kein Recht auf dieselbe habe, und wenn aus diesem Grund die Klage abgewiesen wird, so ist damit das Recht selbst aberkannt; eine Trennung des Rechts an sich von seinem Ausfluß oder seiner Wirkung ist hier durchaus unstatthaft.

Jedes Recht hat nur in seiner Wirksamkeit Daseyn, und es ist völlig gleichgültig, ob dasselbe auf einmal oder nur in gewissen wiederkehrenden Terminen geltend gemacht werden kann; im letztern Fall so gut wie im ersten wird immer das ganze Recht als Gegenstand des Streits dargeboten, wenn auf die Leistung dessen, was das Recht gewährt, geklagt wird.

Bei einer jährlichen Leistung oder bei einem Handlohn ist das Recht des Klägers eben dahin beschränkt, daß es seine Wirksamkeit nicht auf einmal, sondern nur successiv äußern kann, wenn aber nun der Fall eintritt, wo zufolge des Rechtstitels gefordert werden kann, so wird in der Klage unstreitig das Recht auf die Leistung geltend gemacht, und wenn der Beklagte dessen Daseyn bestreitet, so ist nicht blos der einzelne Termin, sondern das ganze, den Klaggrund bildende Recht der richterlichen Entscheidung unterworfen.

Wenn das darauf ergehende Urtheil die Klage aus dem Grunde verwirft, weil es an der faktischen Begründung eines Rechts auf die Leistung fehlt, so hat es nicht blos die Leistung ohne das Recht auf dieselbe, sondern gerade das Recht auf die Leistung aberkannt, und dasselbe Recht, z. B. ein Handlohn, kann aus demselben Klaggrund, z. B. einer Verjährung, gegen denselben Beklagten und dessen Rechtsfolger nicht mehr vor Gericht geltend gemacht werden.

Dies ergibt sich nicht nur aus der Natur der Sache, sondern auch aus den positiven Bestimmungen des römischen Rechts *) und der badischen Proceßordnung. Diese bestimmt nämlich, §. 370, daß ein Urtheil über alle Streitfragen der Parteien erkennen müsse; wenn nun die Frage, ob dem Kläger das Recht auf Handlohn aus Verjährung zustehe, zum Gegenstand des Streits gemacht ist, und das Urtheil die aus dieser faktischen Behauptung abgeleitete Forderung aberkennt, so hat es damit implicite auch die Streitfrage, ob die Klage faktisch begründet sei, entschieden; und es ist unstatthaft, hier den vermeinten Grund der Entscheidung auf die Weise, wie in Annalen II. S. 29 geschehen, von der Entscheidung selbst zu trennen.

So wie nämlich die Klage auf den speciellen Handlohn nach dem oben Ausgeführten immer nothwendig zugleich

*) L. 7. §. 1. L. 8. L. 9 princ. D. (44, 2) de exc. Del judic. Leyser med. sp. 514 med. II.

Digitized by Google

die Klage auf das Recht zu diesem Handlohn in so lange ist, als nicht durch die Vernehmlassung des Beklagten gewiß wird, daß er dies Recht nicht in Streit zieht, so ist der Grund, aus welchem im Falle des bestrittenen und nicht erwiesenen Rechts die Klage abgewiesen wird, für das Recht an sich und für die Wirksamkeit desselben im einzelnen Falle ganz der gleiche, nämlich der, daß die Thatsache, auf welche das Recht zur Forderung gegründet wird, der Vertrag, die Verjährung ꝛc. ꝛc., nicht bewiesen ist. Das Urtheil, wenn es richtig gefaßt wird, sagt nicht:

Weil Kläger kein Recht auf Handlohn an diesem Grundstück hat, deßhalb kann er in diesem besondern Veräußerungsfalle keinen fordern, sondern es sagt: Weil Kläger den Titel des Handlohnrechts, welches er hier geltend machen will, nicht bewiesen hat, deßhalb wird er abgewiesen.

Die Annahme des urtheilenden Richters, daß Kläger kein Recht auf Handlohn an diesem Acker habe, ist nicht blos Motiv zur Entscheidung, sondern sie ist eine wirkliche, wenn auch nur folgeweis gegebene Entscheidung über das Recht; weil, wie eben ausgeführt wurde, ein jedes Recht nur in seiner ihm eigenthümlichen Wirksamkeit Daseyn hat, folglich eine Aberkennung dieser Wirksamkeit das Recht in seinem Wesen aberkennt.

Es würde auch in der That eine unendliche Vervielfältigung der Processe, und eine unerträgliche Rechtsunsicherheit herbeiführen, wenn man die Wirkung solcher Urtheile auf die geforderte einzelne Leistung beschränken, und dabei das Recht auf die Leistung für unentschieden ansehen wollte, ohnerachtet die Entscheidung der Leistung zugleich mit die des Rechts ist, oder doch, wie die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung zugeben, nur in der Entscheidung über das Recht die Entscheidung über die Leistung begründet ist.

Man nehme z. B. den Fall: A klagt aus einem Vertrag gegen B eine Leibrente ein, B läugnet die Existenz eines bindenden Vertrags, A tritt Beweise an, der Richter findet aber am Schluß der Verhandlung den faktischen Klaggrund (den Leibrentenvertrag) nicht bewiesen, und weist die Klage ab. Wenn nun im nächsten Jahre A wieder kömmt, und eine Jahresrente aus demselben Vertrage fordert, so kann ihm nach der gegentheiligen Ansicht der B die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung nicht entgegenhalten, sondern muß sich gefallen lassen, daß er vielleicht von einem andern Richter auf die alten Beweise jetzt verurtheilt wird, und wenn dann ein Jahr später A wieder eine Jahresrente einklagt, so hat sich vielleicht inzwischen nochmals der Richter, oder doch dessen Ansicht, geändert, oder A hat eines und das andere Beweismittel, z. B. Zeugen, inzwischen verloren, und nun wird er auf die alte Einrede wieder abgewiesen, ohne die Replik der Rechtskraft auf das vorhergehende Urtheil gründen zu können.

Eben so würde es sich mit Gülten, Zehnten und Dienstbarkeiten aller Art verhalten.

Trefurt.

Anmerkung der Redaction. Allerdings könnten die Parteien, wenn es ihnen gefällt, den alten Streit alle Jahre neu zu kämpfen, denselben, ohne das Recht selbst zur Entscheidung zu bringen, jeweils nur auf die einzelne Jahresleistung erstrecken, und dadurch nach Umständen widersprechende Erkenntnisse herbeiführen, die nicht blos von dem Wechsel der Ansicht des Gerichts, sondern auch daher kommen können, daß der Kläger die Beweismittel nicht jedes Mal in gleicher Weise produzirt, oder das eine oder andere Mal sonst etwas vernachläßigt.

Ist aber eine Partei des immer wiederkehrenden Streites müde, oder will sie überhaupt die Sache ein für alle Mal abgethan haben, so mag sie ein Erkenntniß nicht blos über die Jahresleistung, sondern ein solches über die Berechtigung selbst veranlassen. Der Kläger mag sein Klaggesuch auf Anerkennung der Berechtigung selbst richten, und wenn er dies unterläßt, so mag der Beklagte aus der Berühmung des Rechts, die in der Klage auf die einmalige Leistung als zu deren Begründung erforderlich gelegen ist, nach §. 762 der Pr. Ordn. Anlaß nehmen, den Kläger aufzufordern, daß er nicht blos einen einzelnen Jahresbetrag, sondern das Recht selbst zum Gegenstand seiner Klage mache.

Die gerügte Rechtsunsicherheit ist daher keine nothwendige Folge dee in der angefochtenen Redaktionsnote vertheidigten Ansicht, und was die Sache selbst betrifft, so kann ich mich von der Richtigkeit der obigen Ausführung immer noch nicht überzeugen.

Mein verehrter Freund behauptet: das Urtheil, richtig gefaßt, dürfte nicht lauten:

> weil der Kläger kein Recht auf Handlohn habe, dürfe er diesen in dem concreten Veräußerungsfalle auch nicht fordern,

sondern es müßte lauten:

> weil der Kläger den Titel des Handlohnrechts nicht bewiesen habe, so werde er abgewiesen.

Was nun diese letztere Fassung betrifft, so wäre sie jedenfalls unbestimmt, weil darin nicht gesagt ist: mit was der Kläger abgewiesen werde?

Auf ein deßfallsiges Erläuterungsgesuch könnte nun der Richter antworten entweder:

> nur mit der Forderung des Handlohns von dem speziellen Veräußerungsfalle,

Digitized by Google

oder:

mit der Handlohnsberechtigung an sich im Allgemeinen, oder:

mit beiden zugleich werde der Kläger abgewiesen.

In den letztern beiden Fällen würde ich dem Richter erwiedern, daß er ultra petitum anerkannt habe, und wenn er sagt, nach §. 370 der Pr. Ordn. müsse über alle verhandelten Streitfragen erkannt werden, so verweise ich ihn auf die §§. 376 und 377 der Pr. Ordn., wornach der Partei nichts weiteres und nichts anderes, als um was sie gebeten hat, zugesprochen werden darf, und auf den §. 1175 Nr. 5, wornach ein Urtheil, das einer Partei mehr, als sie begehrt hat, zuerkennt, sogar beim Mangel der Appellationssumme, angefochten werden kann. Hiedurch wäre somit, wenn es dessen je bedürfte, der §. 370 jedenfalls dahin erläutert, daß über die verschiedenen Streitfragen nur in so fern erkannt werden dürfe, als sie unmittelbar das Haupt- oder Nebengesuch des einen oder andern Theiles zum Gegenstand haben, nicht aber auch über diejenigen weiteren Punkte, über welche, als auf die Entscheidung der gegenseitigen Petita einwirkend, im Processe gestritten wird, ohne daß sie zugleich selbst Gegenstand des Begehrens einer Partei sind.

Indessen gebe ich zu, daß, wenn der Richter das Urtheil wirklich (ob auch mit Unrecht) auf die Berechtigung an und für sich im Allgemeinen ausgedehnt hat, diese Berechtigung selbst, und nicht blos die für einen einzelnen Fall daraus abfließende Forderung, den Maßstab für die Ordinationssumme gibt, da hiebei nach §. 1172 der Pr. Ordn. der Streitgegenstand, wie er zuerkannt oder abgesprochen wurde, also nicht gerade nach dem Umfange der Klage, sondern nach jenem des Urtheils in Anschlag kommt.

Lautet dagegen das Urtheil ausdrücklich nur dahin, daß der Kläger mit dem Begehren, wie er es allein gestellt hat, nämlich:

mit der Forderung des Handlohns von einem speziellen Veräußerungsfalle

abgewiesen werde, oder wird das erwähnte unbestimmte Urtheil in dieser Weise erläutert, so bin ich der Meinung, daß das Urtheil der Berechtigung im Allgemeinen für künftige Fälle, in welchen sie wieder eine Forderung begründet, nicht präjudizirlich sei, und daß eben darum auch nicht der Werth der Berechtigung im Allgemeinen, sondern nur der einmalige Forderungsbetrag als Ordinationssumme gelte.

Die angeführten römischen Gesetzesstellen enthalten nichts, was dieser Meinung entgegenstünde, dagegen wird deren Richtigkeit wohl aus dem L.R.S. 1351 und §. 1172 der Pr. Ordn. hervorgehen.

Der L.R.S. 1351 bestimmt den Umfang der Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung, und zwar dahin, daß sie sich

„nur auf das, was Gegenstand des Streits war“,

erstrecke. Der französische Text drückt sich dahin aus, daß sie sich erstreckt auf das,

„qui a fait l'objet du *jugement*;“

woraus schon deutlicher hervorgeht, daß hier als Gegenstand des Streits nur das verstanden sei, was zugleich Gegenstand des Urtheils ist, worüber nämlich durch die Worte des Urtheils wirklich eine Entscheidung gegeben wurde, keineswegs aber überhaupt alles, worüber bei der Verhandlung der Sache, als auf deren Entscheidung einwirkend, gestritten worden ist. Es ist übrigens gar nicht nöthig, auf den französischen Text zu recurriren, der Nachsatz des L.R.S. 1351 bezeichnet den nämlichen Sinn schon klar genug, indem er fordert, daß

1) der Gegenstand der Klage überall derselbe sei,
2) die Klage auf demselben Grunde beruhe,
3) der Proceß unter denselben Partein und
4) für und wider sie in der gleichen Eigenschaft geführt werde.

Die letztern beiden Erfordernisse entscheiden hier nichts, wohl aber das erste und dessen gesonderte Aufzählung vom zweiten.

Wenn nämlich gesagt ist, daß es derselbe Gegenstand der Klage seyn müsse, so ist wohl klar, daß von keiner Rechtskraft die Rede seyn könne, wenn der Kläger das eine Mal blos die Zuerkennung eines einmaligen Handlohnbetrags, das andere Mal aber die Zuerkennung der Handlohnsberechtigung im Allgemeinen, ohne Rücksicht auf die bei einem speziellen Veräußerungsfalle eingetretene Schuldigkeit, begehrt.

Richtig ist zwar, daß, wie in obigem Aufsatze gesagt ist, der Kläger, der einen einmaligen Handlohn fordert, eben damit sein Handlohnsrecht geltend macht, indem er da, wo dieses seine Wirkung äußert, diese Wirkung verfolgt. Allein man kann in einer Klage ein Recht auch geltend machen, ohne dieses Recht selbst zum Gegenstand des Klagbegehrens zu machen. Man macht nämlich das Recht auch geltend, wenn man irgend einen speziellen Anspruch aus demselben ableitet, auf dessen Zuerkennung man die Klage richtet; und Niemand wird widersprechen, daß in diesem Falle die Klage auf etwas Anderes gerichtet sei, also einen andern Gegenstand habe, als wenn sie nicht blos auf den, aus dem erwähnten Rechte abgeleiteten, besondern Anspruch, sondern auf Anerkennung dieses Rechts an sich, als eigenen Streitgegenstandes, gerichtet ist.

Im erstern Falle ist nicht eben so, wie im letztern, dieses

Digitized by Google

Recht ſelbſt der Gegenſtand der Klage, ſondern es iſt in beiden Fällen nur ein gleicher Klaggrund vorhanden.

Martin (bürgerlicher Proceß §. 85) bezeichnet den Klaggrund als

„die Urſache der Befugniß, dasjenige gerichtlich poſitiv zu fordern, was die Klage bezweckt.“

Die Urſache dieſer Befugniß liegt nun theilweiſe in beſtimmten Thatſachen, und theilweiſe in geſetzlichen Vorſchriften, nach welchen die Forderung, als der Gegenſtand der Klage, aus jenen Thatſachen wirklich folgt. Spricht man unbeſtimmt vom Klaggrund, ſo wird in der Regel nur der erſtere Theil deſſelben, nämlich das thatſächliche Verhältniß, auf dem die Forderung beruht, darunter verſtanden.

Was iſt nun bei dem fraglichen Handlohnsſtreite dieſer thatſächliche Klaggrund?

Wird um Zuerkennung des Handlohnrechts im Allgemeinen gebeten, ſo iſt

der Vertrag oder ſonſtige Titel, durch welchen dieſe Berechtigung entſtand,

der alleinige Klaggrund.

Wird um Zuerkennung eines einmaligen Handlohnbetrags gebeten, ſo beſteht der Klaggrund

in dem erwähnten Titel, durch den das Handlohnsrecht entſtand,

und zugleich:

in der Thatſache einer Statt gehabten Veräußerung.

Den erſtern Theil des Klaggrunds hat daher dieſe Klage mit jener, welche auf Zuerkennung des Handlohnsrechts an ſich gerichtet iſt, gemein.

An dieſer Gleichheit des Klaggrunds genügt es aber, wie ſchon bemerkt, nach dem L.R.S. 1351 keineswegs, ſondern es iſt daneben auch noch die Gleichheit des Gegenſtandes, auf den die Klage gerichtet iſt, d. i. die Gleichheit des Klagbegehrens, erforderlich, um ſich auf die Rechtskraft einer ergangenen Entſcheidung berufen zu können.

Der Umſtand, daß die in dem einen und die in dem andern Falle geſtellten Forderungen aus demſelben Rechte entſpringen, iſt noch nicht entſcheidend, wenn die Forderung (das Klagbegehren) ſelbſt in dem einen Falle eine andere als in dem andern iſt, obſchon bei beiden (auf einer gemeinſchaftlichen Quelle beruhenden) Forderungen daſſelbe Recht, jedoch jedesmal nur in einem andern Erſcheinungsfalle, geltend gemacht wird.

Hat die Partei nun aus einem ſolchen Rechte auch nur den Anſpruch auf eine einmalige Zahlung abgeleitet und verfolgt, ſo hat der Richter gleichwohl auch die Begründung des Rechts an ſich zu prüfen, da ſie für die Entſcheidung des erhobenen Anſpruchs präjudiziel iſt; allein er hat über dieſe Begründung des Rechts an ſich, da die Parteien keine Entſcheidung darüber verlangten, auch keine ſolche für die Parteien zu geben, ſondern ſich die Frage gewiſſermaßen nur für ſich ſelbſt zu beantworten, um über das, was der Gegenſtand der Klage ausmacht, mit Sicherheit entſcheiden zu können.

In dieſer Hinſicht ſtellt ſich alſo die Beantwortung der Frage über den Titel der Berechtigung an ſich für das Erkenntniß über den erhobenen einmaligen Anſpruch nur als Entſcheidungsgrund dar, welcher nie rechtskräftig werden kann, da er, wenn gleich das Erkenntniß darauf beruht, gleichwohl keinen Theil des letztern ausmacht.

Durch ein ſolches Erkenntniß iſt zwar implicite, nämlich folgeweiſe, allerdings auch über die den Entſcheidungsgrund darſtellende Vorfrage entſchieden; aber eben darum, weil dieſe Entſcheidung nicht direkt im Urtheil liegt, ſondern nur eine Vorausſetzung des letztern bildet, kann ſie, als nicht für die Parteien gegeben, ſondern nur als die Rechtfertigung des Richters bezweckend, eben ſo wenig der Rechtskraft unterliegen, als alle andern Entſcheidungsgründe.

Man würde mit der entgegengeſetzten Anſicht auch wirklich zu ſehr auffallenden Reſultaten kommen.

Hätte z. B. der Kläger eine Forderung auf einen Vergleich gebaut, in welchem noch verſchiedene andere gegenſeitige Zuſagen (etwa über Wohnungsrechte, über einen Tauſch u. dgl.) gemacht ſind, ſo könnte, wenn der Beklagte die Rechtsbeſtändigkeit des Vergleichs, z. B. ex cap. minor., in Widerſpruch zöge, und der Richter aus dieſem Grunde die Klage verwürfe, der Kläger auf den nämlichen Vergleich fernerhin keine weitere Klage bauen und dieſen Titel für das darin zugeſagte Wohnungsrecht gar nicht mehr geltend machen, obſchon der L.R.S. 1351 zu einer Rechtskraft außer der Gleichheit des Klaggrundes ausdrücklich auch die Gleichheit des Klagegegenſtandes ſelbſt fordert, und hier doch kein Menſch bezweifeln würde, daß bei der Klage auf die Forderung und bei jener auf das Wohnungsrecht die Gegenſtände der Klage ſehr verſchieden ſind.

Setzen wir den weitern Fall: ein geſetzlicher Erbe klage gegen einen Schuldner des Erblaſſers auf Zahlung eines von dem Letztern erhaltenen Darlehens, und der Beklagte beſtreite zwar nicht die Richtigkeit des Darlehens, wohl aber des Klägers Legitimation zur Sache, nämlich ſeine Eigenſchaft als Erben.

Wenn nun der Richter aus dem letztern Grunde, weil er nämlich den Kläger nicht als Erben anerkennt, die Klage verwirft, ſo könnte der Kläger fernerhin auch keine andere Klage als Erbe des Erblaſſers gegen den nämlichen Beklagten mehr geltend machen, denn es ſtünde ihm hinſichtlich der Frage, ob er Erbe ſei, eine frühere bei einem andern Anlaſſe ergangene rechtskräftige Entſcheidung entgegen, und ſo wäre nun der Kläger, der es früher bei einer nur geringfügigen Forderung vielleicht nicht der Mühe werth hielt, mit weit-

Digitized by Google

läufigen Beweisen aufzutreten, in dem spätern, etwa wichtigern Falle des Rechts verlustig, das, was er früher versäumt hat, jetzt nachzutragen.

Nach dem S. 1351 wird man aber annehmen müssen, daß eine frühere Entscheidung, bei welcher ein bestrittenes Rechtsverhältniß vom Richter als bestehend angenommen, oder als nicht bestehend unberücksichtigt gelassen wurde, einer spätern Klage aus dem nämlichen Rechtsverhältnisse nicht entgegenstehe, wenn diese spätere Klage einen andern Gegenstand verfolgt, wenn nämlich darin ein von dem frühern der Sache nach verschiedenes Begehren gestellt wird.

D. R.

II.

Rechtsfall.

D. Sch. zu Karlsruhe gegen die zweite Privatsterbkassegesellschaft daselbst, Aufnahme in die Gesellschaft betreffend.

Zu Karlsruhe bildete sich im Jahr 1828 eine „zweite Privatsterbkassegesellschaft", in deren Statuten unter Anderm folgende Bestimmungen vorkommen:

„§. 1. Es soll in Karlsruhe eine Gesellschaft bestehen, deren Tendenz ist, den Hinterlassenen verstorbener Gesellschaftsmitglieder eine gewisse Baarschaft zu sichern."

„§. 2. Die Gesellschaft bildet sich durch freiwilligen Beitritt, und hat den Charakter eines rein privatrechtlichen Vertrags."

„§. 6. Jeder rechtliche Einwohner der Residenzstadt Karlsruhe, der Städte Durlach und Ettlingen und des Landamtsbezirks Karlsruhe, männlichen Geschlechts, ledig oder verheirathet, ist aufnahmsfähig, wenn er

1) sich zum christlichen Glauben bekennt,
2) ... aus eigenem Einkommen sich nähret,
3) bei der Aufnahme wenigstens volljährig und nicht über sechzig Jahr alt ist,
4) zur Zeit der Aufnahme seinen ständigen Wohnsitz in oben genanntem Bezirk hat, gleich viel, ob er ihn später verändert oder nicht,
5) zur Zeit des Eintritts gesund ist."

„§. 37. Der Vorstand soll in der Regel zu Anfang eines jeden Monats die Ausschußmitglieder zu einer Versammlung berufen, deren Berathungen und Beschlüsse sich auf folgende Gegenstände beziehen:

3) entscheidet er über die Aufnahmsfähigkeit Derjenigen, die sich neu zur Aufnahme melden, und spricht den Ausschluß derjenigen Mitglieder aus, die solchen nach den Statuten verwirkt haben;
5) soll überhaupt sein vorzüglichstes Augenmerk auf Aufrechthaltung der Statuten und der Gesellschaft selbst gerichtet seyn."

„§. 42. Bei jeder neuen Aufnahme muß nachstehende Form beobachtet werden:

3) der Ausschuß ist berechtigt, Zeugnisse von den betreffenden öffentlichen Beamten über Alter, Gesundheit ꝛc. ꝛc. für jede aufzunehmende Person zu verlangen, und entscheidet dann über die Aufnahme."

Im Jahr 1834 meldete sich nun D. Sch. in Karlsruhe zur Aufnahme, und übergab ein von einem Arzte ausgestelltes Gesundheitszeugniß. Demohngeachtet hat alsdann der Ausschuß, der von einem andern Arzte eine etwas bedenkliche Erklärung über den Gesundheitszustand des D. Sch. erhalten hatte, denselben zurückgewiesen, worauf D. Sch. bei dem Stadtamte mit einer Klage gegen den Ausschuß auftrat und verlangte, daß dieser verurtheilt werde, ihn in die Gesellschaft aufzunehmen, da er alle in den Statuten festgesetzten Aufnahmsbedingungen in sich vereinige.

Der Ausschuß ließ sich nicht darauf ein, ob D. Sch. nach den Statuten aufnahmsfähig sei oder nicht, sondern erklärte nur, daß es sich um einen freiwilligen Vertrag handle, zu dessen Eingehung die Gesellschaft nicht gezwungen werden könne, da die Statuten gewisse Arten von Einwohner nur als aufnahmsfähig, nicht aber als aufnahmsberechtigt erklären, und die Entscheidung über die Aufnahme dem Ausschuß zuweisen.

D. Sch. erwiederte, er richte seine Klage nicht gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen den Ausschuß, welcher nach §. 37 die Statuten zu handhaben und über die Aufnahmsfähigkeit der sich Meldenden nach der Vorschrift der Statuten, und nicht nach seiner Willkühr zu entscheiden habe.

Nach geschlossenen Verhandlungen gab das Stadtamt am 1. November 1834 folgendes Erkenntniß:

„In Erwägung, daß die Statuten der zweiten Privatsterbkassegesellschaft in §. 2 erklären, daß sich die Gesellschaft durch freiwilligen Beitritt bilde, daß der §. 6 alle dort bezeichneten Personen für aufnahmsfähig erklärt, d. h. ihnen den Beitritt eröffnet, daß der §. 42 dem Gesellschaftsausschuß das Recht ertheilt, über die Aufnahme zu entscheiden, daß aber diese Befugniß durch §. 37 Nr. 3 ausdrücklich dahin erläutert und beschränkt ist, daß der Ausschuß nur über die Aufnahmsfähigkeit der sich Anmeldenden zu erkennen habe, und daß der §. 42 nur die Art und Weise des Vollzugs bestimmt; daß der Ausschuß demnach keine Zurückweisung nach bloßer Willkühr, sondern nur dann, wenn die Aufnahmsfähigkeit nicht vorhanden ist, beschließen darf, daß es hiernach offenbar in dem Geist und Sinne der Statuten liegt, jedem Aufnahmsfähigen das Recht des Beitritts einzuräumen, daß also die

Digitized by Google

Einwilligung der Gesellschaft, gegenüber den Aufnahmsfähigen, schon durch die Statuten selbst ausgesprochen ist;

In fernerer Erwägung, daß die Aufnahmsfähigkeit des Klägers von den Beklagten nicht widersprochen ist, wird zu Recht erkannt:

„daß die Beklagten, unter Verfällung in die Kosten, schuldig sind, den Kläger als Mitglied der zweiten Privatsterbkasse aufzunehmen."

Auf die vom beklagten Theil ergriffene Appellation änderte das Hofgericht das stadtamtliche Erkenntniß dahin ab:

„daß Kläger, Appellat, unter Verfällung desselben in die Kosten beider Instanzen, mit seiner erhobenen Klage lediglich abzuweisen sei."

Entscheidungsgründe:

„Die beklagte Gesellschaft ist schon der Natur der Sache nach, und insbesondere nach §. 2 ihrer Statuten ein rein privatrechtlicher Vertrag. Wenn nun ein solcher zu Stande kommen soll, so müßte vorausgesetzt werden in dem vorliegenden Falle, daß der Kläger ein wirkliches Recht zur Aufnahme habe, also die beklagte Gesellschaft zu kontrahiren nöthigen könnte, dieses Recht will derselbe nun auf die Statuten begründen, diese haben aber nirgends der Gesellschaft das ihr nach dem hier allein maßgebenden Privatrecht zustehende Recht, zu kontrahiren, mit wem sie will, genommen, denn dadurch, daß §. 6 die Eigenschaften der Aufnahmsfähigkeit festgesetzt, kann dem klägerschen Dritten noch kein Recht, die Aufnahme in die Privatgesellschaft zu verlangen, erwachsen. Hiernach, und mit Rücksicht auf §. 169 der Pr. Ordn., mußte das unterrichterliche Urtheil, wie geschehen, abgeändert werden."

Ich würde diesen Entscheidungsgründen noch beifügen:

Wenn der Kläger sagt, er richte seine Klage nicht gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen deren Ausschuß, daß dieser die von der Gesellschaft ihm auferlegten Pflichten erfülle, so ist dabei übersehen, daß in diesem Falle der Ausschuß denn doch nur als Bevollmächtigter der Gesellschaft belangt ist, die Klage somit immerhin gegen die Gesellschaft selbst gehe, und die Rechte der Letztern, nämlich die Aufnahme in die Gesellschaft, nicht jene in den Ausschuß, dadurch in Anspruch genommen werde.

Der beklagte Ausschuß soll nicht über seine eigenen Rechte, sondern über die Rechte der Gesellschaft, die er vertritt, zum Vortheil des Klägers verfügen.

Darauf, daß der Ausschuß die von der Gesellschaft ihm auferlegten Pflichten erfülle, hat Niemand ein Recht, als die Gesellschaft selbst. Ein Dritter kann auf die Verbindlichkeiten, welche der Ausschuß der Gesellschaft gegenüber übernommen hat, keine Klage bauen. Der Kläger kann, wo er nicht blos aus Vollmacht im Namen eines Andern klagt, nur seine eigenen Rechte gerichtlich verfolgen, nicht aber die Rechte Anderer.

Aus dem Gesichtspunkt der dem Ausschuß obliegenden Amtsverbindlichkeit kann also die vorliegende Klage nicht begründet werden, und es kann Jemand gegen einen Bevollmächtigten als solchen überhaupt nur klagen, in so weit er ein Recht gegen den Vollmachtsgeber selbst hat.

Hier hätte also der Kläger darzuthun, daß er mit der Gesellschaft selbst in einem Rechtsverhältnisse stehe, vermöge dessen er die Aufnahme fordern könne, und nicht blos, daß es statutenmäßige Amtsobliegenheit des Ausschusses wäre, die Aufnahme Namens der Gesellschaft auszusprechen und dadurch die letztere erst verbindlich zu machen.

Der Gesellschaft gegenüber steht er aber in keinerlei Rechtsverhältniß, wornach er von derselben die Aufnahme verlangen könnte. Denn, wenn die Gesellschaft in den Statuten die Bedingungen der Aufnahmsfähigkeit festsetzte, so gab sie damit nur ihrem Ausschuß, der in ihrem Namen mit Dritten zu kontrahiren, nämlich Aufnahmen zu bewilligen hat, die Instruktion, wie er hiebei zu verfahren habe. Gegen Dritte übernahm sie damit aber noch keine Verbindlichkeit.

Ja selbst wenn in den Statuten nicht blos die Bedingungen der Aufnahmsfähigkeit bestimmt wären, sondern wenn gesagt wäre, wer aufnahmsberechtigt seyn soll, so wäre gleichwohl noch kein Vertragsverhältniß vorhanden, aus welchem Jeder, bei dem die statutenmäßigen Bedingungen zusammentreffen, die Aufnahme von Rechts wegen fordern könnte. Die einseitige Erklärung der Gesellschaft durch ihre Statuten hat weder die Erfordernisse, noch die Wirkungen eines Vertrags. Ein solches Verhältniß tritt erst ein, wenn auf die Anmeldung einer Person die Aufnahme wirklich erfolgt. Auch ein pactum de contrahendo, oder eine verbindliche Zusage, einen gewissen Vertrag mit Jemanden einzugehen, ist nicht möglich, so lang sie nicht einer bestimmten Person gemacht, sondern nur allgemein Jedem, der da kommen möge, gegeben wurde.

Um Verbindlichkeiten zu kontrahiren, müssen bestimmte Personen als die Inhaber der entsprechenden Rechte vorhanden seyn, daher ist auch eine Zusage in dem bezeichneten Sinne nicht verbindlich, so lang sie nicht einer bestimmten Person gemacht wurde. Eine solche bestimmte Person ist aber das Publikum nicht, sofern dasselbe nicht als eine Gesammtheit, als Korporation (Gemeinde oder Staat, Kirchengesellschaft ꝛc ꝛc.), sondern in der Art erscheint, daß Jeder, der da will, einzeln für sich selbst auftreten kann.

Durch eine solche Zusage an das unbestimmte Publikum, möchte daher nach Umständen in Gemäßheit besonderer Gesetze wohl etwa ein Quasikontrakt, nicht aber ohne diese Voraussetzung ein allgemeines eigentliches vertragsmäßiges

Digitized by Google

Verhältniß entstehen. Hiernach möchte Jemand, wenn er mit der Anmeldung zur Aufnahme (z. B. mit Herbeischaffung der in den Statuten geforderten Zeugnissen ꝛc. ꝛc.) Kosten hatte, für diese Kosten etwa Entschädigung fordern, wenn die Gesellschaft durch falsche, dem Publikum als lügenhafte Einladung verkündete Statuten, ihm dieselben rechtswidrig veranlaßt hat; aber ein Vertragsverhältniß besteht noch nicht, und aus der nicht an ihn speziell, sondern an das unbestimmte Publikum, gemachten Zusage, kann er noch kein Vertragsrecht für sich ableiten.

D. R.

III.

Oberhofgericht.

Rechtsfall zur Erläuterung des L.R.S. 1347.

Heinrich Schmied in Mannheim klagte gegen Ludwig Feid allda, aus zwei Wechseln über 115 fl. und 618 fl., welche gleichlautend also abgefaßt waren:

Mannheim, den 1. August 1832. a dato vier Wochen bezahlen Sie gegen diesen Primawechsel an die Verordnung meiner selbst die Summe von sechshundert achtzehn Gulden (und 115 fl.), Werth in mir und stellen solchen auf Rechnung laut Bericht.

Unterschrift: Ludwig Feid.

Adresse: Herr Ludwig Feid in Mannheim.

Der Beklagte erkannte seine Unterschriften an, läugnete aber die Schuld, das Amt erkannte auf Beweis, daß Kläger wirklich die eingeklagten Summen an Beklagten zu fordern habe, Kläger trat den Beweis durch die mit der Klage produzirten und einige andere ähnliche Wechsel, so wie durch Zeugen an, Beklagter wurde mit Beweiseinreden ausgeschlossen, Zeugenbeweis für zuläßig erklärt, erhoben, und endlich zu Recht erkannt:

Würde Kläger in einer noch zu bestimmenden Tagfahrt den Erfüllungseid schwören, daß er dem Beklagten nach und nach die Summe von 618 fl. darleihensweise vorgestreckt habe, und daß diese Summe vom 1. Mai 1832 an verzinslich sei, ferner, daß er demselben die Summe von 115 fl. als Darlehen übergeben habe, und daß dieses Darlehen vom 11. August 1832 an verzinslich sei, so ist Beklagter schuldig, dem Kläger diese Summe mit den bezeichneten Zinsen zu 5 pCt. zu zahlen und Kosten zu tragen; im Eidverweigerungsfalle dagegen wird die Klage abgewiesen.

Dieses Urtheil wurde auf die vom Beklagten ergriffene Appellation und Oberappellation in beiden Instanzen bestätigt, die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe sind folgende:

1) Wenn gleich die zum Amtsprotokoll vom 25. September 1832 erhobene Wechselklage bei der Mangelhaftigkeit der mit derselben produzirten beiden Wechsel über 115 fl. und 618 fl., und bei Unterlassung weiterer zur Klagbegründung dienender Anführungen, zufolge §. 728 der Pr. Ordn., angebrachtermaßen hätte verworfen werden sollen, so hat doch das Amt Ladung im ordentlichen Verfahren verfügt, und durch Zwischenbescheid auf Beweis erkannt, und der Kläger hat in der darauf eingereichten Beweisantretung den thatsächlichen Klaggrund dahin näher angegeben, daß er dem Beklagten die durch die Wechsel ausgedrückten Summen baar geliehen habe.

Dieses war aber keine Klagänderung im Sinne des §. 345 und 346 der Pr. Ordn., sondern lediglich eine Ergänzung des unvollständigen Klagvortrags, welche zufolge §. 344 der Pr. Ordn. statthaft war.

Wollte man übrigens auch die Nachschiebung eines neuen Klaggrunds darin finden*), und deßhalb den Beklagten für, durch dessen Zulassung, beschwert halten, so hat er in seiner Appellationsbeschwerdeschrift keine Beschwerde von diesem Mangel im Verfahren abgeleitet, sondern solche lediglich gegen die Zulassung des Zeugenbeweises und des Erfüllungseides gerichtet; das großherzogliche Hofgericht am Unterrhein hat daher, in Anbetracht des §. 348 der Pr. Ordn., mit Recht angenommen, daß der Beklagte von seiner Befugniß, das Beweisinterlocut und die Nachschiebung des Klaggrundes zu bekämpfen, keinen Gebrauch machen wollte.

2) Was nun aber den Beweis der in der Beweisantretung angeführten Thatsache, daß der Kläger dem Beklagten 115 fl. und 618 fl. verzinslich dargeliehen habe, anlangt, so steht zwar der vollen Beweiskraft der mit der Klage produzirten und vom Beklagten als ächt anerkannten beiden Urkunden im Wege, daß die Wechsel an den Aussteller selbst adressirt sind, und Niemand sonst als mit der Verfügungsgewalt versehen darin benannt ist; allein wenn L.R.A.S. 112 bestimmt, „daß ein Wechsel mit unrichtiger Angabe der Namen noch als einfache Handschrift gelte"; wenn schon überhaupt nicht anzunehmen ist, daß Jemand blos zum Scherz Wechsel ausstelle, wenn solches besonders im vorliegenden Fall um deßwillen vom Richter nicht angenommen werden kann, weil der Beklagte es in seiner Vernehmlassung nicht behauptet, und überhaupt über den Grund der Wechselausstellung nichts angegeben hat, ohnerachtet er bei der gleichzeitigen Anerkennung der Aechtheit dazu hinlänglich aufgefordert gewesen wäre, so erzeugen diese Urkunden in analoger Anwendung des L.R.S. 1157 mindestens eine dringende Wahrscheinlichkeit, daß dieselben in der Absicht ausgestellt

*) Dies war die Ansicht des Hofgerichts.

Digitized by Google

wurden, ihrem künftigen Inhaber ein Schuldbekenntniß in die Hand zu geben, dieſe Thatſache aber in Verbindung mit jener, daß der Kläger ſich im Beſitz der Wechſel befindet, führt mit Nothwendigkeit auf die der Klage zum Grund liegende, daß Beklagter vom Kläger die in den Wechſeln enthaltenen Summen als Darlehen erhalten habe.

Da nun die bewährteſten Ausleger des Code darin übereinſtimmen, daß zufolge Art. 1347 der Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes nicht allein da vorhanden ſei, wo aus der vom Schuldner herrührenden Schrift die zu beweiſende Thatſache unmittelbar wahrſcheinlich wird, ſondern auch da, wo die Schrift eine andere Thatſache wahrſcheinlich macht, von der Folge richtig auf die zu beweiſende geſchloſſen werden kann *), und da abgeſehen hiervon dem Art. 1347 die beſchränkende Auslegung nicht gegeben werden kann, auch von den franzöſiſchen Gerichten und Auslegern nirgends gegeben wird **), daß der Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes nur dann vorhanden ſei, wenn die Wahrſcheinlichkeit der zu beweiſenden Thatſache mittelbar oder unmittelbar aus dem wörtlichen Inhalt der Urkunde an und für ſich allein, und ohne Rückſicht auf die Thatſache ihrer Inhabung hervorgeht ***), es vielmehr der Natur der Sache und der Beſtimmung des L.R.S. 2279, verglichen mit L.R.S. 1282 und 1283, völlig angemeſſen iſt, die Beweiskraft von Schuldurkunden nie aus denſelben für ſich allein, ſondern ſtets in Verbindung mit der Thatſache zu beſtimmen, daß ſie irgend einem Gläubiger zugeſtellt wurden, welcher ſich in ihrem Beſitze befindet; ſo haben die vorderen Inſtanzrichter mit Recht den Anfang eines ſchriftlichen Beweiſes für vorhanden angenommen, und darauf den Zeugenbeweis für zuläßig erklärt.

3) Den Zeugenbeweis anlangend, ſo hat der Anwalt des Beklagten, nachdem er auf Ausbleiben mit ſeinen Beweiseinreden ausgeſchloſſen war, in der zur Beweisanfechtung anberaumten Tagfahrt, alſo nach §. 462 der Pr. Ordn. zeitig genug, im Allgemeinen gegen die Zeugen angeführt, daß ſie verwandt ſeien, da nun das Zeugenverhörprotokoll (S. 108) beurkundet, daß die Zeugin Helena Schmied eine Schweſter des Klägers iſt, ſo muß wohl angenommen werden, daß der Sachwalter des Beklagten mit den gebrauchten unbeſtimmten Ausdrücken „die Zeugen ſeien verwandt“ dieſer Zeugin, die aus §. 508 Nr. 2 der Pr. Ordn. erwachſende Einrede der Unzuläßigkeit entgegenhalten wollte, und da dieſe Einrede begründet erſchien, ſo hätte bei Entſcheidung der Sache auf die Ausſage dieſer Zeugin keine Rückſicht genommen werden ſollen *).

Gegen den Zeugen Gottfried Gruber hat der Beklagte, nachdem er mit Beweiseinreden ausgeſchloſſen war, und auch die Beweisanfechtungstagfahrt unbenützt gelaſſen hatte, erſt in der Appellationsbeſchwerdeſchrift vorgetragen, daß er ein Stiefſohn des Beklagten und mit ihm in Proceß verwikkelt ſei, dieſe Beweiseinrede iſt verſpätet, und überdies unbegründet, weil keiner der in §. 507 bis 509 der Pr. Ordn. verzeichneten Ablehnungsgründe angeführt iſt.

Da nun dieſer Zeuge auf Seite 113 flg. der Amtsacten für die der Klage zum Grund gelegte Thatſache eines Darlehens von 115 fl. und 618 fl. ganz entſcheidend aus eigener Wahrnehmung ausſagt, da ferner die völlig glaubhafte Zeugin Anna Maria Piaggino auf S. 105 und 107 der Akten die nicht unerheblichen Thatſachen bezeugt:

> daß, als ſie in Auftrag des Klägers den Beklagten zu Ausſtellung beſſerer Schuldurkunden aufforderte, derſelbe die Schuld nicht in Abrede zog, ſondern nur ſagte, er könne keine neuen Scheine ausſtellen, bevor er mit ſeinem Sohn geſprochen habe; ſodann, daß der Beklagte ſich ſpäter gegen ſie geäußert habe, wenn Schmied ſich billig finden laſſe, ſo wolle er ihn bezahlen;

ſo haben die vorigen Inſtanzrichter, in Anbetracht der Stärke der für den Kläger ſprechenden Beweiſe und aller vorliegenden Umſtände, zufolge des §. 634 und 635 der Pr. Ordn., mit Recht auf Eid erkannt und dem Kläger den Eidesvorzug gegeben, und da der Erfüllungseid, ſo wie er auferlegt wurde, entſcheidend iſt, ſo mußte in der Hauptſache und der Koſten wegen wie geſchehen erkannt werden.

Trefurt.

---

*) Pailliet ad Art. 1347 Nr. 4. Toullier IX. §. 78 und 103—114.

**) Toullier l. c. insbeſondere §. 118 und 129.

***) Dieſe Anſicht wollte in der oberhofgerichtlichen Berathung von einigen Stimmen geltend gemacht werden.

*) Das großherzogliche Hofgericht nahm die in der Beweisanfechtung enthaltene unbeſtimmte Erklärung nicht als Beweiseinrede an, ſondern betrachtete ſolche, als erſt in der Appellationsinſtanz und nach erfolgtem Ausſchluß vorgebracht, für verſpätet; weßhalb es dieſem Zeugen noch das Gewicht eines Verdächtigen beilegte.

Hauptredacteur Miniſterialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 19. Karlsruhe den 7. Mai 1836.

I.

Wünsche hinsichtlich der Geschäftsbehandlung bei den Obergerichten.

Man ist nicht selten geneigt, die Verzögerung der Rechtspflege, welche in der neuern Zeit, besonders bei dem obersten Gerichtshofe, fühlbar geworden ist, auf Rechnung der neuen Proceßordnung zu setzen, und in gewisser Beziehung ist dieser Vorwurf allerdings gegründet, denn es leuchtet von selbst ein, daß in derselben Zeit, und mit demselben Kraftaufwand des Kollegiums, im Ganzen jetzt weniger Fälle als früher abgeurtheilt werden, weil ein und derselbe Rechtsfall jetzt regelmäßig wenigstens zweimal, nämlich von jedem Anwalt einmal und häufig dann noch zum drittenmal durch den Respicienten vorgetragen werden muß, während das Kollegium nach der frühern Ordnung statt alles dessen nur einen umfassenden Vortrag des Referenten anzuhören hatte.

Daher kömmt es zum Theil, daß jetzt in einer Sitzung durchschnittlich nur 2 — 4 Gegenstände entschieden werden, während früher, je nachdem man flüchtig oder bedächtig zu gehen gewohnt war, die doppelte Zahl und mehr regelmäßig erledigt wurde.

Dennoch ist die Verzögerung, welche in dieser durch die Pr. Ordn. bedingten Einrichtung liegt, für sich allein weniger bedeutend, als man oft glaubt, und jedenfalls ist sie durch das Interesse des materiellen Rechts geboten, also in der That kein Mangel, sondern ein wahrer Vorzug der neuen Ordnung.

Wenn insbesondere die Fälle noch häufig vorkommen, daß nach angehörten Vorträgen der Anwälte, die Richter noch einer Rekapitulation durch den Respizienten bedürfen, so ist auch diese Verzögerung, sei sie nun durch Untüchtigkeit der Sachwalter oder durch Unachtsamkeit der Richter, oder aber durch die Schwierigkeit des Falles herbeigeführt, wieder nur ein wahrer Gewinn für die Parteien, und eine Uebung, welche im Interesse des materiellen Rechts die kräftigste Handhabung der Gerichtsvorstände verdient.

Dahingegen sind andere Uebungen bei einzelnen Gerichten eingeschlichen, welche mehr Zeit rauben ohne dem materiellen Recht einigen Vortheil zu bringen.

Ich rechne dahin vor Allem, daß häufig bei der mündlichen Appellationsverhandlung jeder Anwalt zwei Vorträge hält, von welchen, wie die Erfahrung lehrt, der letzte immer bloße Wiederholungen enthält, wie er denn auch, wenn anders der erste erschöpfend war, etwas anderes nicht enthalten kann.

So naturgemäß und nothwendig das Repliciren und Dupliciren in dem ersten Verfahren ist, so unzweckmäßig und unnütz erscheint es bei einer auf geschlossene Verhandlungen folgenden Rechtsausführung.

Hier ist durch die Vorverhandlung die thatsächliche Grundlage der Entscheidung bereits actenmäßig festgestellt, und jeder Theil muß seiner Rechtsausführung, soll sie anders nicht mangelhaft seyn, das ganze Factum, wie es in den Acten liegt, unterstellen; wenn dann dies ein jeder Theil gethan hat, so kann eine Nothwendigkeit, die Sprecher noch einmal zu hören, blos daraus hervorgehen, wenn entweder die Richter den ersten Vorträgen die gehörige Aufmerksamkeit nicht geschenkt haben, oder wenn die Vorträge so mangelhaft waren, daß daraus eine vollständige Information über die streitigen Thatsachen nicht geschöpft werden konnte.

Eines wie das Andere soll aber nicht seyn, und wird sich auch wohl selten ereignen; wenn es aber dennoch zuweilen einmal vorkäme, so würde die Wiederholung eben so wenig die Ungeschicklichkeit der Sprecher heben, als den Ohren der Richter Aufmerksamkeit verleihen.

Hat doch auch bei schriftlichen Rechtsausführungen jeder Theil nur einen Vortrag!

Wenn man bei allem dem die Wahrnehmung macht, daß bei einigen Obergerichten das Repliciren und Dupliciren bei den mündlichen Appellationsverhandlungen die fast nie verlassene Regel bildet, wenn man sieht, wie dadurch im Durchschnitt für jede Sitzung eine volle Stunde Zeitverlust mindestens erwächst, so sollte man in der That glauben, es wäre besser gewesen, wenn das Gesetz, anstatt auf den guten Takt

Digitized by Google

der Gerichte und Anwälte zu rechnen, durch die Bestimmung vorgebeugt hätte, daß dem Appellanten und folgeweise auch dem Appellaten nur dann ein zweiter Vortrag gestattet werden dürfe, wenn der Appellat zufolge §. 1219 Abs. 2 der Pr. Ordn. erst in der öffentlichen Sitzung neue Thatsachen vorbringt.

Verzögernd, so wie Arbeit und Kosten vermehrend, ist es ferner, wenn, wie einige Gerichte häufig thun, mehr Gegenstände auf eine Tagesordnung kommen, als man zu erledigen gedenkt. Es ergibt sich dadurch, daß oft drei und mehrere Sachen, für welche Richter und Anwälte vorbereitet erscheinen, vertagt werden müssen, wo alsdann für 4 bis 6 Anwälte eine Wartgebühr von 16 bis 24 fl. dekretirt werden muß, welche, so wie die nochmalige Vorbereitungsarbeit des Respicienten, rein verloren ist. Des Mißstandes nicht zu gedenken, daß dadurch den Parteien das Recht, ihre Processe durch auswärtige Anwälte, denen sie besonderes Vertrauen schenken, plaidiren zu lassen, ungebührlich erschwert, und daß ihnen fast unmöglich gemacht wird, bei der Verhandlung ihrer Processe selbst gegenwärtig zu seyn *).

Es läßt sich freilich die Dauer einer Verhandlung so genau nicht im Voraus bestimmen, allein wenn, wie solches von einigen Obergerichten längst geschah, der Grundsatz angenommen wird, daß, was auf einen Tag bestellt ist, bei Erscheinen der Parteien auch vorkommen muß, so wird schon hierin für die Richter eine Aufforderung liegen, sich selbst, allenfalls durch vorherige Einsicht auch der nicht zu ihrem Respiciat gehörenden Acten, gehörig zu informiren, alle unnützen Abschweifungen und Wiederholungen der Anwälte zurückzuweisen und sonstigen Zeitverlust zu vermeiden. Wenn dann doch noch in seltenen Fällen eine Sitzung sich einige Stunden in den Nachmittag hineinzieht, so sind die Kollegialglieder nur in dem Falle, in welchem unsere mit Kriminaluntersuchungen und andern Geschäften überhäuften Unterrichter sich fast täglich befinden.

Eine Zeitverschwendung ist es weiter, wenn von mehreren Gerichten die Urtheile sammt den oft langen Entscheidungsgründen vor versammeltem Kollegium verkündet werden, während doch die Instruktivverordnung im §. 26 die zweckmäßige Anleitung gibt, die Entscheidungsgründe vor einem Gerichtsdeputirten am Schluß der Sitzung zu verkünden; und Verwunderung muß es in der That erregen, wenn in Fällen, wo kein Theil erscheint, dennoch das Urtheil an gar nicht Interessirte, oder gar dem leeren Saal verkündet wird, während doch der §. 384 der Pr. Ordn. ausdrücklich bestimmt, daß in solchen Fällen das Urtheil ohne Weiteres für verkündet gelte.

* * *.

*) Die Fälle sind schon vorgekommen, daß eine Sache um zwei Sitzungstage später vorkam, als sie auf der Rolle stand, wo dann weit hergekommene Anwälte oder Parteien sich acht und mehr Tage am Ort des Gerichts aufhalten mußten, um die Verhandlung abzuwarten.

II.

Etwas über die Anerkennung natürlicher Kinder während der Ehe. Zur Erläuterung des L.R.S. 337.

Die Anerkennung eines natürlichen Kindes wird von Seiten der Mutter wohl immer damit erfolgen, daß in seinem Geburtsschein die Mutter als Elterntheil des Kindes aufgeführt wird, und daß man die Einwilligung der Mutter in diese Aufführung als Anerkennung des Kindes um so mehr voraussetzt, als ja das Kind in seinem Aufziehen bei der Mutter in den Besitzstand seines natürlichen Kindesrechts alsbald eintritt. Es wird daher auch die im S. 337 erwähnte Anerkennung, welche immer wohl eine spätere, als die in dem Geburtsschein seyn wird, hauptsächlich nur in Beziehung auf den Vater des natürlichen Kindes vorkommen und zu untersuchen seyn.

Als eine erste, den S. 337 vervollständigende Bemerkung zeigt sich nun die, daß seine Vorschrift sich auf den Fall bezieht, wo während der Ehe ein natürliches Kind anerkannt werden soll, welches mit einer dritten Person erzeugt worden ist, und daß sich also auch nicht auf die Vorschrift des S. 337 bezogen werden kann, wenn insbesondere der Ehemann während der Ehe ein Kind anerkennen will, welches er mit seiner jetzigen Ehefrau vor seiner Verheirathung mit derselben erzeugt hat. Es ist zwar richtig, daß ein solches Kind im Laufe der Ehe nicht mehr ehelich gemacht werden kann, sondern daß diese Ehelichmachung nach S. 331 nur vor der Heirath geschehen kann. Allein die Rechte des ehelich gemachten Kindes sind denn doch noch bei weitem größer als die des nur anerkannten, und da nun der Grund der Vorschrift des S. 337 nach den Motiven des Code Napoleon darin besteht, daß man es nicht von dem einseitigen Willen eines Ehetheils abhängig machen wollte, nach seiner Verheirathung das Loos der ehelichen Familie durch Beiziehung von natürlichen, einen Theil der Verlassenschaft in Anspruch nehmenden fremden Kindern zu verändern, und so das Vertrauen und den Glauben, welchen der andere Ehetheil hinsichtlich der Kinderlosigkeit des Anerkennenden zu ihm hatte, zu verletzen, so geht dieser Grund offenbar nicht auf den Fall der Anerkennung eines gemeinschaftlich erzeugten Kindes,

Digitized by Google

weil ja beide Elterntheile und spätere Eheleute die Erzeugung des eigenen natürlichen Kindes wußten. Es steht daher nichts im Wege, solchen im Laufe der Ehe anerkannten natürlichen Kindern die Rechte derselben, insbesondere nach den Sätzen 756, 757 schlechthin zu gewähren, doch macht dabei Chabot ad Art. 756 Nr. 7 die richtige Beschränkung, daß eine solche Anerkennung eine gemeinschaftliche der Eheleute seyn müsse. Dazu wird es aber, da, wie gesagt, das Kind von der Mutter schon anerkannt seyn wird, genügen, wenn es der Vater, als mit seiner jetzigen Ehegattin vor der Ehe erzeugt, anerkennt, und wenn die Mutter dieser Anerkennung nicht widerspricht.

Der S. 337 vernichtet aber die Anerkennung eines natürlichen Kindes während der Ehe nirgends, sondern schreibt nur vor, daß sie dem andern Ehegatten und denen aus der Ehe erzeugten Kindern nicht schaden soll, ja er ertheilt ihr die volle Wirkung des Rechts der Sätze 756, 757, wenn die Ehe aufgelöst wird und keine Kinder daraus vorhanden sind. Es bezieht sich sonach der S. 337 nur auf die Wirkungen der Anerkennung, insbesondere auf die Erbansprüche des natürlichen Kindes, und da es nun dem natürlichen Kinde nicht verboten ist, in den Fällen des S. 340 die erzwungene Erklärung der Vaterschaft zu erhalten, so wird diese auch während einer Ehe mit der Wirkung erreicht werden können, daß der Ehemann zur Zahlung von Alimenten verurtheilt, und diese Verurtheilung selbst gegen seine den ehelichen Kindern angefallene Erbschaft vollzogen werden kann. Eben weil aber die Vorschrift des Nichschadens der Anerkennung sich nur auf den Ausschluß der Erbansprüche nach S. 756 bezieht, so wird man auch anzunehmen berechtigt seyn, daß die während einer Ehe geschehene Anerkennung überall gegen den Anerkennenden, und gegen seine, selbst seinen ehelichen Kindern angefallene Erbschaft die Wirkung des S. 762, 762a, also die Pflicht zu alimentiren mit sich führt, denn was unbeschadet des S. 337 als eigenes Recht des natürlichen Kindes vor dem Richter erzwungen werden kann, wird ihm auch freiwillig zugetheilt werden können. So wie man aber annehmen muß, daß der S. 337 keineswegs eine Nichtigkeit der Anerkennung eines natürlichen Kindes während der Ehe mit sich führt, so muß man auch anerkennen, daß die Wirkung dieser Anerkennung alsdann überall und so weit eintritt, als sie nicht im S. 337 beschränkt ist. Nun wird ihr im S. 337 gerade dann die Wirkung ertheilt, wenn die Ehe aufgelöst wird, und keine Kinder daraus vorhanden sind, so daß also im alleinigen Ueberlebensfall des andern Ehegatten ohne Kinder aus der Ehe, das anerkannte Kind nicht gehindert ist, seine Rechte nach den Sätzen 756, 757 geltend zu machen. Man wird zwar sagen wollen, daß ja nach der Vorschrift des S. 337 die Anerkennung des Kindes während der Ehe dem andern Ehegatten nicht schaden solle, und sonach gewiß ein Schaden für ihn entstehe, wenn z. B. der anerkennende Ehetheil ihm nach der Anerkennung sein sämmtliches Vermögen vermacht habe, und man nun dagegen dem anerkannten Kinde das Pflichttheilsrecht des S. 761 ertheilen wolle. Allein wenn es auch richtig ist, daß dieses allerdings ein Schaden des andern Ehegatten ist, so ist es eben immerhin richtig, daß die Unwirksamkeit der Anerkennung nur an das Vorhandenseyn von Kindern aus der Ehe gebunden ist, und diese Unwirksamkeit also nicht auf den Fall des Zurücklassens eines Ehegatten ohne Kinder ausgedehnt werden kann. Nur das ist zuzugeben, daß wenn Kinder aus der Ehe da sind, und der anerkennende Ehetheil dem andern Ehetheil ebenfalls einen Theil seiner Verlassenschaft vermacht hat, nunmehr das anerkannte Kind seine Erbansprüche auch nicht gegen das dem andern Ehetheil vermachte Vermögen ausüben kann, denn im Vorhandenseyn von Kindern aus der Ehe, ist seiner Anerkennung jede Wirkung hinsichtlich seines Erbrechts abgeschnitten, und so schützen die Kinder aus der Ehe den andern Ehetheil, sind aber keine Kinder da, und die Ehe wird aufgelöst, so kann der bedachte Ehegatte das anerkannte Kind von seinem Erbrecht nicht zurücktreiben.

Wenn Kinder einer ersten und zweiten Ehe, und ein während der zweiten Ehe anerkanntes natürliches Kind zurückgelassen werden, so frägt sich, ob auch die Kinder erster Ehe dem anerkannten Kind die Vorschrift des S. 337 entgegenhalten können? Nach dem Originaltext ist die verneinende Beantwortung dieser Frage dem Wortausdruck zufolge nicht zu bezweifeln, denn es heißt dorten, die während der Ehe geschehene Anerkennung könne den Kindern aus dieser Ehe — nés de ce mariage — nicht schaden. Da nun die Anerkennung des natürlichen Kindes während einer Ehe nicht ungültig, sondern nur zum Besten der Kinder aus dieser Ehe wirkungslos ist, so kann diese Wirkungslosigkeit eines sonst zu Recht bestehenden Acts auch nur auf seinen Fall, also auf die Kinder aus der Ehe, unter welcher die Anerkennung geschieht, angewendet werden *). Ohnedies konnte ja der Elterntheil der Kinder erster Ehe nicht nur durch Eingehung einer

*) Im Großherzogthum Baden scheint übrigens diese Sache durch den Zusatz 756a, hinsichtlich der Rechte der natürlichen Kinder, auf den Nachlaß der Eltern in entgegengesetzter Weise entschieden zu seyn, da hiernach die Anerkennung eines natürlichen Kindes zu einer Zeit, da Vater oder Mutter schon eheliche Kinder (also auch aus einer frühern Ehe) hat, gegen diese Kinder, hinsichtlich der bezeichneten Rechte (S. 756 — 758), eben so wirkungslos ist, wie nach S. 337 gegen die Kinder, die aus der Ehe abstammen, während welcher die Anerkennung des natürlichen Kindes erfolgte. D. R.

Digitized by Google

zweiten Ehe denſelben noch Geſchwiſter und Konkurrenten in ſeiner Erbſchaft überhaupt geben, ſondern er konnte ſelbſt durch die Ehelichmachung des S. 281 das jetzt nur anerkannte Kind den Kindern erſter Ehe ganz gleichſetzen, ſo daß ihm alſo gewiß gegen ſie das noch kleinere Recht der Anerkennung zuſtand. Wenn nun ſchon unſer Landrecht den Ausdruck aus dieſer Ehe nicht wiederholt, ſondern nur geſagt hat, aus der Ehe, ſo geht denn doch aus der Ueberſetzung, ſo wie aus Brauers Erläuterungen, nirgends hervor, daß man eine Aenderung des Originaltextes beabſichtigte, und da die ſonſtige Wortſtellung des S. 337, insbeſondere der Schluß, wo von Kindern geredet wird, die daraus erzeugt ſind, ſich nur auf die Ehe beziehen kann, während welcher die Anerkennung geſchieht, ſo wird nichts im Wege ſtehen, auch bei uns anzunehmen, daß die Kinder früherer Ehen als die Anerkennung erfolgt iſt, ſich auf die Vorſchrift des S. 337 nicht beziehen dürfen, und daß alſo das anerkannte Kind gegen ſie unter Berückſichtigung natürlich des Antheils, welchen die Kinder zweiter Ehe erhalten, ſeine Erbansſprache des S. 756 ausüben darf. Wenn aber hier das während einer Ehe anerkannte natürliche Kind gegen die Kinder früherer Ehe ſeiner Erbrechte theilhaftig iſt, ſo kann es noch weniger bezweifelt werden, daß die nach Auflöſung einer Ehe geſchehene Anerkennung volle Wirkung genießt, wenn ſchon Kinder aus der frühern Ehe vorhanden waren, denn nur die während einer Ehe geſchehene Anerkennung eines natürlichen Kindes iſt im S. 337 beſchränkt, und in allen übrigen Fällen erkennt der S. 756 die Konkurrenz der natürlichen Kinder mit den ehelichen ohne allen Unterſchied an. Wenn man es nicht aus den Augen verliert, daß ja die Ehelichmachung der natürlichen Kinder mit dem Ergebniß des vollen ehelichen Kindesrechts den natürlichen Eltern ganz ungehindert zuſteht, wenn ſchon Kinder früherer Ehen vorhanden ſind, ſo wird man das kleinere Rechtsergebniß der Anerkennung noch um ſo mehr zulaſſen müſſen, als ſolches im S. 334 ebenfalls unbeſchränkt iſt, und die Beſchränkung des S. 337 eben als Beſchränkung nicht ausgedehnt, und nicht auf Anerkennungen bezogen werden darf, welche nicht während einer Ehe geſchehen. Qui dicit de uno, negat de altero. Obſchon Delvincourt S. 94 Nr. 10 die entgegenſtehende Meinung vertheidigt, ſo wird er doch von Toullier II. Nr. 959 und Chabot l. c. widerlegt.

Sander.

III.

Beitreibung von Unterſuchungskoſten.

N. S. von A. wurde wegen eines Verbrechens durch hofgerichtliches Erkenntniß zu einer Zuchthausſtrafe und zugleich in die Unterſuchungskoſten verurtheilt.

Die Unterſuchungskoſten wurden vom Hofgericht dekretirt, ſodann von der Kreisregierung zur vorſchußweiſen Auszahlung auf die Amtskaſſe angewieſen. Die Amtskaſſeverrechnung, welche den Betrag aus dem Vermögen des Verurtheilten wieder zu erheben hatte, wandte ſich deßhalb mit einem Requiſitionsſchreiben an das Bezirksamt K.

Dabei entſtand zwiſchen dem Bezirksamt und der Amtskaſſeverrechnung eine Meinungsverſchiedenheit über die Behandlung der Erſatzforderung, indem die Verrechnung dafür hielt, ſie habe durch Mittheilung des dekretirten und beſcheinigten Koſtenverzeichniſſes das ihrige gethan, und es ſei jetzt lediglich Sache des Bezirksamts, im Wege des von Amtswegen zu bewirkenden Urtheilsvollzugs die Forderung gegen den Verurtheilten beizutreiben, ohne daß es noch weiterer Anträge von Seiten der Verrechnung bedürfte, wogegen das Bezirksamt, unter Berufung auf die Vorſchriften der Pr. Ordn., erklärte, daß es in dieſer Sache nicht anders als bei allen andern bürgerlichen Klagen verfahren könne, folglich je nach dem Petitum und der Beſchaffenheit der Klage zu verfügen, ſodann aber jeweils nur wieder auf das Anrufen des einen oder andern Theiles eine weitere richterliche Verfügung zu erlaſſen habe.

Der Streit über das zu beobachtende Verfahren wurde dem Miniſterium des Innern vorgetragen, welches ſodann unterm 15. Jänner 1836 Nr. 430, einverſtändlich mit dem Juſtizminiſterium, dem Bezirksamt K. durch das Hofgericht folgende Eröffnung zugehen ließ:

„In ſo fern das Bezirksamt als Civilgericht um Beitreibung der fraglichen Unterſuchungskoſten angegangen wurde, war ſein Verfahren allerdings proceßordnungsmäßig. Allein die Forderung von Unterſuchungskoſten iſt keine privatrechtliche, es hat darüber nie der Civilrichter, ſondern nur der Strafrichter zu erkennen. Sie iſt ein Annexum des Erkenntniſſes über das Verbrechen oder Vergehen, und gehört, wie die Strafe ſelbſt, zu der öffentlichen Genugthuung, die der Staat als ſolcher, folglich Kraft öffentlichen Rechts vom Verbrecher fordert.“

„Solche Unterſuchungskoſten ſind alſo nicht wie civilrechtliche Forderungen zu verfolgen, ſondern wie andere auf dem öffentlichen Rechte beruhende Forderungen und namentlich wie die Geldſtrafen ſelbſt im Verwaltungswege beizutreiben. Hier hat ſomit das Amt, wenn es von der Amtskaſſenverwaltung darum angegangen wird, als Verwaltungsbehörde von Amtswegen zu verfahren, ohne daß es dabei, wie in Civilſachen, jeweiliger beſonderer Anträge der Parteien in den Formen der bürglichen Proceßordnung bedürfte.“

„Nur wenn die Verwaltung alsdann bei der Vollſtreckung etwa mit betheiligten Dritten in Bezug auf die Vollſtreckungsgegenſtände in Konkurrenz geräth, hat, wie in Ganten oder in den Fällen des §. 1072 der Pr. Ordn., der zur Entſcheidung dieſer Anſprüche unter Dritten competente Richter einzuſchreiten und die Verwaltung alsdann ihre Anträge an den Civilrichter zu ſtellen, wogegen ſie, ſo lang ſie allein ihrem Schuldner (der dies aus einem Titel des öffentlichen Rechts geworden iſt) gegenüber ſteht, die Vollſtreckungsverfügungen ſelbſt zu erlaſſen hat, und eine Beſchwerdeführung bei dem Civilrichter von dem einen oder andern Theil nur in ſo fern Statt findet, als ſie nicht gegen die Vollſtreckungsverfügungen der Verwaltung ſelbſt, ſondern nur gegen das Verfahren der Vollſtreckungsbeamten (§. 970 der Pr. Ordn.) bei Vornahme der Vollſtreckung gerichtet iſt.“ Bekk.

Hauptredacteur Miniſterialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 20. Karlsruhe den 14. Mai 1836.

I.

Gant und Gerichtszugriff gegen eine Gemeinde. Richterliche Kompetenz.

Die Gemeinde A., welche eine im Verhältniß zu ihrem Vermögen und zu ihren Steuerkräften sehr große Schuldenmasse hat, wurde von ihren Gläubigern fortwährend auf Zahlung getrieben.

Es wurden Schuldentilgungspläne gemacht, und, da sie sich als unausführbar zeigten, wieder aufgegeben.

Die Gemeinde erklärte sich außer Stand, die ungeheure Schuldenlast zu verzinsen und daneben noch einen, wenn auch noch so geringen, Theil des Kapitalstocks abzutragen. Dagegen verlangten viele Gläubiger den Verkauf der wenigen Gemeindegüter, so wie, daß der Rest ihrer Forderungen durch Umlagen nach dem Steuerkapital gedeckt werde. Zu dem Verkaufe der Güter wollte die Kreisregierung die Staatsgenehmigung nicht ertheilen, und auch keine besondern Umlagen machen lassen, bis über die Art und Weise der allmähligen Heimzahlung aller Schulden, etwa vermittelst eines Borg- und Nachlaßvergleiches, ein allgemeiner und ausführbarer Plan festgesetzt seyn werde.

Das Bezirksamt K. erklärte jedoch, daß, da es als Richter um Zahlungshülfe angegangen sei, die beabsichtigte administrative Auseinandersetzung nicht mehr abgewartet werden könne. Dasselbe erkannte somit gegen die Gemeinde die förmliche Gant.

Da die Kreisregierung ein solches richterliches Einschreiten, sowohl wegen der zur Veräußerung von Gemeindeliegenschaften, als wegen der zu Umlagen erforderlichen Staatsgenehmigung für unzuläßig hielt, trug sie die Sache dem Ministerium des Innern vor, welches darauf unterm 23. März 1835 Nr. 2680 verfügte:

„Das Gemeindeeigenthum ist allerdings, wie das Eigenthum jedes Privaten, dem Privatverkehr und eben darum auch dem gerichtlichen Zugriff unterworfen, mit Ausnahme jedoch der am Schlusse des §. 120 der Gemeindeordnung genannten Gebäulichkeiten.“

„In so weit nun die Gemeinde als Gesammtheit dem Zugriff unterworfenes Eigenthum besitzt, kann dasselbe im Wege der Zwangsversteigerung auch ohne die zu einem Verkauf sonst erforderliche Staatsgenehmigung veräußert werden, und es ist lediglich Sache des Richters, wenn mehr Schulden als Vermögen vorhanden sind, unter den concurrirenden Gläubigern ein Prioritätsverfahren einzuleiten.“

„Weiter kann aber die richterliche Gewalt nicht gehen, namentlich kann sie nicht die Einzelnen, als Steuerpflichtige, zur Vertretung der Gesammtheit hinsichtlich des Deficits in Anspruch nehmen, somit das Deficit nicht auf die Bürgerschaft umlegen, überhaupt keine Umlage decretiren.“

„Hinsichtlich der Frage, welche Schuldigkeiten, überhaupt welche Bedürfnisse der Gemeinde, durch Umlagen zu decken seien, oder mit andern Worten, wie viel die Einzelnen, aus welchen die Gemeinde besteht, zur Deckung der Schuldigkeit der letztern beizutragen haben, ist nur die Verwaltungsbehörde kompetent. In dieser Beziehung ist also eine richterliche Verfügung des Bezirksamts K. nicht anzuerkennen, und die Verwaltungsbehörden haben deßfalls bei dem Borg- und Nachlaßvergleiche mitzuwirken, sofern auch hinsichtlich allmähliger Umlagen eine Bestimmung getroffen werden soll.“

„Besitzt die Gemeinde Liegenschaften, welche ihr unentbehrlich oder doch (wie z. B. ein Wald) sehr vortheilhaft sind, so ist deren Beibehaltung bei dem Vergleichsversuche auszubedingen, sofort hinsichtlich des, nach Verwendung der etwa entbehrlichen Güter und der sonstigen Activen, verbleibenden Schuldenrestes gegen einen entsprechenden Nachlaß zur planmäßigen unverzinslichen Tilgung auf eine größere Reihe von Jahren eine bestimmte jährliche Umlage, wie sie den sonstigen Bedürfnissen und den Kräften der Gemeinde angemessen ist, zuzuziehen, worüber alsdann auch eine besondere Rechnung zu führen ist.“

Bekk.

Digitized by Google

II.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über ein Dienstverding und stillschweigende Einwilligung, dargestellt in den Entscheidungsgründen in Sachen des Hofsängers Reichel, Kläger, gegen die großherzogliche Hoftheaterintendanz in Karlsruhe, Beklagte.

Kläger hat mit der Beklagten im Mai 1834 einen Vertrag abgeschlossen, wornach er von der Beklagten einen Gehalt von 2700 fl. jährlich, und einen Urlaub von zwei Monaten erhalten, und dagegen seine Dienstleistungen als Bassist auf zehn Jahre zusagt. Im Jahr 1835 hat nun Beklagte die in den zur Zeit des abgeschlossenen Vertrags bestehenden sogenannten Theatergesetzen enthaltenen Bestimmungen über den Urlaub der Hofschauspieler und über die aus dessen Ueberschreitungen folgenden Geldstrafen, Besoldungsabzüge und Verluste des nächsten kontraktmäßigen Urlaubs abgeändert, und ein neues Urlaubsreglement herausgegeben, gegen welches Kläger aber bei der Zustellung an ihn anerkanntermaßen Widerspruch, und unter Bezug auf die frühern Bestimmungen und seinen Vertrag Rechtsverwahrung einlegte. Da er nun aber seinen kontraktmäßigen Urlaub v. J. 1835 um mehrere Wochen überschritten hatte, so wendete Beklagte die Bestimmungen des neuen Urlaubsreglements auf ihn an, er will sich aber nur den zur Zeit seines Vertrags bestandenen Bestimmungen unterwerfen, sieht in der daraus erfolgten unberechtigten Zurückbehaltung eines Theils seines Gehalts eine Vertragsverletzung von Seiten der Beklagten, weßhalb er nach S. 1184 um Aufhebung seines Vertrags und Entschädigung, oder Anhaltung der Beklagten zur Erfüllung desselben mittelst Auszahlung seines Gehaltes nach den Bestimmungen der frühern Theatergesetze bittet. Beides findet Beklagte nicht in Rechten begründet.

Bei der vor allem zu geschehen habenden Feststellung der Rechtsverhältnisse der Parteien ist es nicht zu bezweifeln, daß beide in einem Vertrag des bürgerlichen Rechts, und zwar in einem Dienstverdinge stehen, und eben deßhalb ist auch die auf Aufhebung oder Erfüllung des Vertrags gerichtete Klage nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, und vor dem bürgerlichen Richter zu entscheiden, was letzteres auch in den Theatergesetzen von 1819, VI. Abschnitt §. 6, ausdrücklich festgesetzt und anerkannt ist.

Betrachtet man nun die erste Klagbitte, die Aufhebung des Vertrags, so kann es, da ein Dienstverding ein doppeltseitiger Vertrag ist, nach L.R.S. 1184 nicht bezweifelt werden, daß die Nichterfüllung des Vertrags von einer Seite dem andern im Allgemeinen das Recht ertheilt, die Auflösung des Vertrags vor dem Richter zu verlangen, so daß also diese Klagbitte in Rechten gegründet erscheint. Allein der S. 1184 hat dabei dem Richter zugleich das Recht ertheilt, auch wenn nur auf Aufhebung des Vertrags geklagt ist, nicht auf diese, obschon rechtlich begründete Aufhebung zu erkennen, sondern er kann nach Umständen dem Beklagten Aufschub zur Erfüllung des Vertrags ertheilen, mithin nach seinem Ermessen auf diese Erfüllung erkennen, worum auch Kläger eventuell selbst gebeten hat. Erwägt man nun, daß hier ein noch lange andauernder Vertrag von zehn Jahren in Rede steht, und die im Zurückbehalten eines Theils des Gehalts des Klägers bestehende Vertragsnichterfüllung der Beklagten doch noch nicht von der Art erscheint, daß man jetzt schon an der Möglichkeit der friedlichen Fortsetzung und Vollendung des Vertrags verzweifeln könnte. Bedenkt man ferner, daß durch Aufhebung des Vertrags, und dadurch ausgesprochene Entlassung eines so ausgezeichneten Künstlers, wie Kläger im Gesang und in dramatischer Darstellung ist, nicht nur die pecuniären Interessen der Beklagten, sondern auch die von ihr gleich hochgeschätzten, und eben so sehr gepflegten Anforderungen der Kunst einen empfindlichen Stoß erleiden würden, worunter alsdann unschuldigerweise das kunstliebende Publikum leiden müßte, so sprechen hier unzweifelhaft so gewichtige Umstände gegen die vom Kläger verlangte Aufhebung des Vertrags, daß darauf um so weniger von Richteramtswegen eingegangen werden kann, als nicht zu übersehen ist, daß Kläger durch seine eigene vorausgegangene Urlaubsüberschreitung den ganzen Streit herbeigeführt und veranlaßt hat.

Nach Verwerfung des klägerschen Ansuchens um Aufhebung des Vertrags bleibt daher sein weiteres eventuelles Ansuchen um Erfüllung des Vertrags mittelst Auszahlung seines Gehaltes nach den Bestimmungen der Theatergesetze v. J. 1819, und nicht nach dem von der Beklagten einseitig erlassenen Urlaubsreglement v. J. 1835 allein übrig, und da der Gegenstand dieses Ansuchens, Auszahlung des vertragsmäßigen Gehalts und Erfüllung der Vertragspflichten der Beklagten, sich auf die Vertragsverhältnisse der Parteien bezieht, so ist auch dieses Suchen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts bezüglich der Vertragsverhältnisse der Parteien zu entscheiden, und somit im Allgemeinen als in Rechten begründet zu erklären, da die Beklagte ihre Vertragspflicht zur Zahlung des Gehalts von 2700 fl., so wie auch die vom Kläger behauptete Zurückbehaltung eines Theils derselben anerkennt.

Zur Rechtfertigung dieser Zurückhaltung muß daher Beklagte ein Recht dazu aus ihren Vertragsverhältnissen mit dem Kläger nachweisen, weil der Gegenstand der Zurückbehaltung des Gehaltes des Klägers eine Vertragsleistung der Beklagten ist, und aus irgend andern Gründen ein Recht zur Freimachung von dieser Vertragspflicht um so weniger besteht, als Kläger zur Beklagten nur in den Ver-

Digitized by Google

hältnissen des Vertrags, nicht aber in den Verhältnissen eines Unterthans zum Staat, und seinen strafenden oder polizeilichen Behörden steht. Beklagte hat dies auch selbst eingesehen, sich daher auf den §. 3 ihres Vertrags mit dem Kläger berufen, wo es heißt:

„es macht sich Herr Reichel verbindlich, die Hoftheatergesetze genau zu beobachten, und allen Vorschriften und Anordnungen der großherzoglichen Hoftheaterintendanz, deßgleichen bei Proben und Vorstellungen den artistischen Anordnungen und dienstlichen Weisungen des Kapellmeisters und der Regie pünktliche Folge zu leisten;"

und darauf gestützt behauptet: das von ihr erlassene Urlaubsreglement v. J. 1835 seie eine von ihr ausgegangene Vorschrift und Anordnung; allen solchen habe sich Kläger vertragsmäßig unterworfen, und müsse sich daher die Anwendung desselben unbedingt gefallen lassen.

Allein betrachtet man diese Vertragsbestimmung, so findet man in ihr keine Beschränkung des angeblich vertragsmäßigen Rechts der Beklagten, daß sich Kläger allen ihren Vorschriften unterwerfen muß, und diese Vorschriften sind weder in ihrem Gegenstand, noch in der Zeit ihrer Erlassung, noch in ihrer Art und Weise, und ihrem Umfang näher bestimmt. So gut die Beklagte hiernach das doch ganz nahe durch den Verlust eines Theils des Gehalts, und Entziehung des kontraktmäßigen Urlaubs in das Vertragsverhältniß eingreifende Urlaubsreglement v. J. 1835 erlassen, und dadurch die frühern zur Zeit des Vertragsabschlusses hierüber bestehenden Vorschriften einseitig abändern konnte, eben so gut kann sie irgend einen andern, und jeden Abschnitt der frühern Theatergesetze v. J. 1819 abändern, denn hinsichtlich ihrer Vorschriften besteht keine Beschränkung, ja sie könnte ganz neue Vorschriften erlassen, und z. B. heute festsetzen, daß, wer mit ihr Proceß vor dem Richter führt, 100 fl. an seinem Gehalt sich abziehen lassen müsse. Eben so wenig ist ihren Vorschriften eine Zeit der Erlassung und Dauer vorgesetzt, und so gut sie nach Abschluß des Vertrags mit dem Kläger im Jahr 1834 die früher bestandenen Vorschriften wegen des Urlaubs schon im Jahr 1835 abändern konnte, eben so gut kann sie morgen die heute erlassenen Vorschriften abändern, und auf den Beklagten Vorschriften anwenden, welche sie nach dem im Jahr 1835 erlassenen Urlaubsreglement aufstellt, denn kann sich Kläger nicht auf die zur Zeit seines Vertrags bestandenen Bestimmungen berufen, so kann er es auch nicht hinsichtlich der im Jahr 1835 erlassenen. Sie kann auch, da der Art und Weise, und dem Umfang ihrer Anordnungen kein Maß und Ziel gesetzt ist, diese Anordnungen ihrem Inhalt nach beliebig ändern, und anstatt einer Strafe von 10 fl. für jeden den Urlaub überschreitenden Tag, eine Strafe von 100 fl., von 1000 fl. festsetzen, denn sie ist in ihrem aus dem §. 3 abgeleiteten Vertragsrecht unbeschränkt. Da nun aber der Kläger, als ein Vertragstheil, in dieser Auslegung des §. 3 den Vorschriften des Beklagten, als anderm Vertragstheil, sich ganz unbeschränkt unterworfen hätte, so wäre er in seinem Vertrag, in seinem Dienstverdinge, dem unumschränkten Willen des andern Theils unterworfen, er hätte sonach kein Recht, keine Vertragsbefugniß, sondern stünde in einer Art Leibeigenschaft gegen die Beklagte. Solche Verträge, solche gänzliche Entäußerungen der persönlichen Freiheit, sind aber zufolge des S. 6, 1133, 1174, als der öffentlichen Ordnung und dem, Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten voraussetzenden, Wesen der doppeltseitigen Verträge zuwider, null und nichtig, und gerade für das Dienstverding ist dieser aus der Heiligkeit der persönlichen Freiheit sich ableitende Grundsatz im L.R.S. 1780 ausdrücklich vorgeschrieben, und jedes Dienstverding, worin sich der seine Dienste Verdingende allen Vorschriften des andern seine Dienste Dingenden ohne Beschränkung unterwirft, wäre eine unbestimmte Dienstverdingung, und folgeweise nach S. 1780 nichtig. Man kann nicht sagen, daß hier ein Vertrag auf bestimmte Zeit, und eine bestimmte Unternehmung abgeschlossen wäre, denn die unbedingte Unterwerfung unter die Vorschriften des Dienstherrn hebt jede Bestimmtheit des Vertrags auf, und eine solche Vertragsbedingung würde auf eine verdeckte Weise das Rechtsverhältniß einführen, dessen offene Bestellung das Gesetz als schlechthin nichtig verbietet, weßhalb auch in der Fortsetzung Toulliers IX. Bd. S. 273 mit Recht gelehrt wird, daß dergleichen verdeckte Verträge eben so nichtig sind, als die offenen, indem man sonst auf die leichteste Weise das Gesetz umgehen, und so eine Art Leibeigenschaft wieder einführen könnte, die ein Richter, in dem Lande zumal, wo sie, in vorglänzendem Beispiel, vor allen andern aufgehoben wurde, wahrlich nicht dulden wird. Wenn sonach Beklagte sich in solcher Auslegung und Ausdehnung auf den §. 3 des Vertrags mit dem Kläger berufen wollte, so dürfte man keinen Anstand nehmen, diesen Vertrag, als dem S. 6, 1133, 1780 zuwider, aufzuheben, und den Kläger desselben zu entbinden. Man kann nicht anführen, daß die Beklagte von solchem übermäßigen Vertragsrechte keinen, oder nur einen beschränkten Gebrauch machen werde, denn es kommt bei dergleichen gesetzwidrigen, nichtigen Verträgen nicht darauf an, ob sie wirklich in ihrer vollen Gesetzwidrigkeit vollzogen worden sind, sondern nur darauf, ob sie ihrem Inhalt und Wesen nach dem Gesetz zuwiderlaufen, und wenn dieses der Fall ist, so müssen sie aufgehoben werden, weil gerade die in der unumschränkten Willkühr nur eines Vertragstheils liegende Berechtigung zum gesetzwidrigen Vollzug der Grund ist, aus welchem der Vertrag nichtig ist. Eben so wenig kann man zugeben, daß Kläger den übermäßigen Gebrauch der Ver-

Digitized by Google

tragsbedingung durch Rekurse an die der Beklagten in ihrem Dienst vorgesetzten Behörde, an den großherzoglichen Hofverwaltungsrath, einschränken könne, denn indem es sich nicht sowohl von dem schon unzweifelhaft eingetretenen übermäßigen Gebrauch der unbeschränkten Unterwerfung des Klägers unter die Beklagte, als vielmehr von der überhaupt in sich nichtigen Bedingung der Unterwerfung des Klägers handelt, wäre der Gebrauch der Unterwerfung des Klägers unter die Beklagte, die Benutzung einer Vertragsbedingung von Seiten der Beklagten, von welcher gerade der Kläger behauptet, daß sie übermäßig seie, und gar nicht im Vertrag liege. Da nun aber der Vertrag ein bürgerrechtlicher ist, so stehen die dessen Ueberschreitungen behauptenden Einwendungen eines Vertragstheils nicht der Entscheidung einer, die großherzogliche Civilliste verwaltenden, Hofbehörde, dem großherzoglichen Hofverwaltungsrath, sondern dem bürgerlichen Richter zu, und gerade der Versuch, die Auslegung und Vollziehung des Vertrags aus dieser Vertragsbedingung dem bürgerlichen Richter zu entziehen, und einer verwaltenden Stelle zu unterwerfen, in welcher sogar der den Vertragstheil der großherzoglichen Hoftheaterintendanz darstellende, den Vertrag überschreitende, Hoftheaterintendant selbst wieder Sitz und Stimme hat, wäre der beste Beweis, daß der Kläger in seinem heiligsten natürlichen und bürgerlichen Recht, der persönlichen Freiheit, vor dem Richter schutzlos wäre. Man kann endlich diese unumschränkte Unterwerfung des Klägers unter den Willen der Beklagten nicht damit vertheidigen, daß man hier von dienstpolizeilichen Anordnungen, und von dem überall bestehenden Dienstgehorsam des Dieners sprechen will. Solcher Grund geht nur auf die öffentlichen Diener, und leitet sich aus den Nothwendigkeiten der Staatsverwaltung, also aus öffentlichen Interessen ab. Der Dienstvertrag des Klägers mit der Beklagten, seine Anstellung als Baßsänger auf dem großherzoglichen Hoftheater, bezieht sich zwar auf die auch vom Staat zu pflegenden Interessen der Kunst, ist aber kein unmittelbares Staatsinteresse, und gerade darin, daß die Unterwerfung des Klägers unter die Beklagte eine Bedingung seines privatrechtlichen Vertrags seyn soll, liegt ja der beste Beweis, daß hier von dienstpolizeilichen Interessen und Vorschriften des öffentlichen Dienstes keine Rede ist. Ueberdies wird auch der mit der Beklagten nur in einem zeitlichen Vertrag stehende Kläger in den Theatergesetzen vom Jahr 1819, Einleitung §. 5e, gerade in Beziehung auf seinen Vertrag von den Vorschriften über den öffentlichen Dienst ausgeschlossen, denn solche werden dort nur für die lebenslänglich Angestellten des großherzoglichen Hoftheaters anwendbar erklärt, und wollte man auch diese Vorschriften auf den Kläger anwenden, so darf er sich auch deren Rechte bedienen, und alsdann von dem dem Staatsdiener anerkanntermaßen zustehenden Recht der Dienstaufkündigung Gebrauch machen, ohne an den Zeitraum von zehn Jahren in seinem Vertrag gebunden zu seyn, denn unbillig, also nach L.R.S. 1135 gegen das Wesen des Vertrags laufend, wäre es, wenn man einem in einem privatrechtlichen Vertrag Stehenden noch die weiteren Pflichten der öffentlichen Beamten auflegen, und ihn nicht auch an deren Rechten Theil nehmen lassen wollte.

Nach allem diesem darf eine unbedingte Unterwerfung des Klägers unter die Vorschriften der Beklagten nicht angenommen werden, und die Beklagte, sich sonst der Gefahr aussetzend, bei Nichtigkeit eines solchen Vertrags die Dienstleistungen des Klägers zu verlieren, wird selbst diese unbeschränkte Unterwerfung des Klägers nicht behaupten wollen, so daß also die hier zu entscheidende Frage schon nicht mehr darin besteht, hat sich Kläger allen Anordnungen der Beklagten zu unterwerfen, und ist daher die Art und Weise der hier im neuen Urlaubsreglement ergangenen Vorschriften ganz gleichgültig, sondern daß es sich vielmehr nur darum handelt, ist die getroffene Anordnung, das Urlaubsreglement v. J. 1835, von der Art, daß man richterlich annehmen kann, als gehöre sie zum vertragsmäßigen Kreis jener Vorschriften der Beklagten, welchen Kläger nach §. 3 seines Vertrags Folgeleistung zugesagt hat?

Daß diese sich auf die Auslegung des Vertrags beziehende Frage der Richter zu entscheiden, und nach seinem Ermessen festzustellen hat, ist zweifellos, und wenn sonach das richterliche Ermessen die Zulässigkeit der Vorschriften der Beklagten gegen den Kläger bestimmen soll, so muß der Richter vor allen Dingen untersuchen, ob denn nicht unter den Parteien selbst der Gegenstand, die Art und Weise, und der Umfang der der Beklagten freigelassenen Vorschriften bestimmt ist, denn wäre dieses der Fall, so tritt der Gebrauch des richterlichen Ermessens zur Feststellung der unter den Parteien selbst im Vertrag festgesetzten Fragen nicht ein, sondern der Richter muß die im Vertrag selbst liegende Entscheidung als das Gesetz unter den Parteien auf sie anwenden. Er richtet die Verträge, er errichtet sie aber nicht.

Betrachtet man nun den §. 3 des Vertrags, so findet man alsbald, daß sich Kläger zur Befolgung der Theatergesetze, der Vorschriften und Anordnungen der Intendanz, und der Weisungen des Kapellmeisters und der Regie verbindlich macht, und unter diesen dreierlei Sachen müssen Unterschiede bestehen, weil sonst eine in der andern enthalten, also überflüssig wäre, was nach L.R.S. 1157 nicht anzunehmen ist. Vorangestellt, also das wichtigste sind die Theatergesetze, und da hier von Gesetzen des Staats, ausgegangen von seiner gesetzgebenden Gewalt, so wenig, als wie z. B. bei Museumsgesetzen oder Billardgesetzen die Rede seyn kann, so müssen sie als jene umfassendern Vorschriften für den

Digitized by Google

Dienſt des Klägers, als den Gegenſtand ſeines Vertrags mit der Beklagten angeſehen werden, welchen er ſich als Bedingungen ſeines Vertrags eben ſo gleichmäßig unterwirft, als es jener hinſichtlich der Muſeumsgeſetze z. B. thut, welcher in ein ſolches eintritt. Derlei Bedingungen des Vertrags des Klägers ſind aber eben als Vertragsbedingungen auch Regeln und Bedingungen für den andern Vertragstheil, und man kann in keiner Weiſe annehmen, daß Kläger in Eingehung der Bedingung der Beobachtung der beſtehenden Geſetze dem andern Vertragstheil durch die weitere Bedingung der Folgeleiſtung gegen ihre Anordnungen das Recht übertragen, und ſich die Pflicht aufbürden wollte, die Theatergeſetze, die Bedingungen ſeines Vertrags einſeitig und willkührlich zu ändern, und ſolcher Aenderung unbedingte Folge zu leiſten, denn gerade dieſes Recht der Beklagten würde ſeinen Vertrag zum ſchlechthin unbeſtimmten, der willkührlichen Feſtſetzung von Seiten der Beklagten preisgegebenen und deßhalb nichtigen Vertrag beſtellen, was nach S. 1157 nicht anzunehmen iſt. Man muß daher für die Anordnungen der Beklagten einen andern Gegenſtand aufſuchen, und dieſen findet man nun gerade in den allgemeinen Vertragsbedingungen in den Theatergeſetzen in jenen Vorkommenheiten des Dienſtes der bei dem Hoftheater Angeſtellten feſtgeſetzt, wo ſolche den Anordnungen und Vorſchriften der großherzoglichen Intendanz nach Inhalt der Theatergeſetze ausdrücklich unterworfen worden ſind. Solche Fälle kommen auf jeder Seite der Theatergeſetze (der Vertragsbedingungen) vor, und als die hauptſächlichen, eingreifendſten ſind jene Beſtimmungen der Theatergeſetze zu bezeichnen, wo alsbald im I. Abſchnitt §. 1 — 15 die Rollenvertheilung unter den Schauſpielern und Sängern den zu befolgenden Vorſchriften der Intendanz unterworfen, und im XI. Abſchnitt §. 1 — 8 die Aufſtellung des Repertoriums, obgleich ausgehend von einem Ausſchuß, den im freien Willen der Intendanz liegenden Abänderungen, welche dann zu befolgen ſind, unterſtellt wird. Dieſes ſind daher die Vorſchriften und Anordnungen der Intendanz, denen Kläger auch im §. 3 ſeines Vertrags Folgeleiſtung zugeſagt hat, und welchen gerade im §. 4 der Einleitung in die Theatergeſetze v. J. 1819 gleiche Kraft wie den Geſetzen ſelbſt zugetheilt iſt, und daß es dieſe ſind, beweiſt wieder die weitere Zuſage des Klägers im §. 3 ſeines Vertrags, auch den Weiſungen des Kapellmeiſters Folge zu leiſten, denn indem er ſich die Theatergeſetze als ſeine allgemeinen Vertragsbedingungen beſtellt, unterwirft er ſich den Anordnungen der Intendanz hinſichtlich der Auswahl der Stücke, welche aufzuführen ſind, und der Beſtimmung der Rollen, welche er darin zu übernehmen hat, und da er in der Ausführung ſeiner Rollen, z. B. Kleidung, Art und Weiſe der Darſtellung nicht ſein eigener unumſchränkter Herr iſt, und nicht ſeyn kann, ſondern ſich zum Zweck eines harmoniſchen Zuſammenwirkens aller Auftretenden in einer Oper und damit einer gelungenen, wahren Kunſtgenuß gewährenden, Darſtellung einer obern Anordnung unterwerfen muß, ſo hat er auch die Folgeleiſtung gegen den derlei Anweiſungen treffenden Kapellmeiſter zugeſagt. Hiermit wird nun der §. 3 des Vertrags des Klägers ganz klar, denn in Zuſammenfaſſung der zugeſagten Folgeleiſtung gegen die Vorſchriften der Intendanz und des Kapellmeiſters, welche aus der Verbindung beider Zuſagen durch das Verbindungswort und, und durch die Gleichheit des Verbums folgeleiſten, ganz unzweifelhaft ſich darſtellt, bezieht ſich dieſe Zuſage hauptſächlich auf die Anordnungen der Intendanz hinſichtlich der Stückauswahl und der Rollenaustheilung, und auf die Weiſungen des Kapellmeiſters hinſichtlich der Darſtellung der zugetheilten Rollen, und in dieſem hierauf zu verſtehenden §. 3 des Vertrags liegt daher der beſte Beweis, daß dem Kläger eine Unterwerfung unter andere ſeine Vertragsbedingungen und Rechte hinſichtlich ſeines Gehalts und ſeines Urlaubs betreffende Anordnungen der Intendanz in dem §. 3 nicht vorſchwebte, und daß er gewiß der Intendanz nicht das Recht ertheilen wollte, ſeinen Vertrag gerade mittelſt Beziehung auf die ſeinen Gehalt und Urlaub ſehr nahe treffenden Beſtimmungen des Abſchnittes VII §. 1 — 17 der Theatergeſetze v. J. 1819 über den Urlaub einſeitig abzuändern, und dafür im Lauf ſeines Vertrags Abänderungen und Erſchwerungen ſeiner Lage einzuführen, die er bei Abſchluß ſeines Vertrags nicht kannte, denen er ſich nicht unterworfen, ſondern vielmehr bei ihrer Mittheilung alsbald widerſprochen hat.

Unter dieſen Vorausſetzungen muß man alsbald die Abänderung der Beſtimmungen über den Urlaub in den frühern Theatergeſetzen durch das neue Urlaubsreglement als gar nicht unter die im §. 3 des Vertrags des Klägers erwähnten Anordnungen der Intendanz gehörig verwerfen, und für den Kläger für unanwendbar erklären, wollte man aber auch der eben gefundenen Auslegung des §. 3, wiewohl ſie die richtige mit der Abſicht der Parteien und dem Wortlaut übereinſtimmende iſt, keinen Werth beilegen, ſo muß man doch ſicherlich annehmen, daß die im §. 3 des Vertrags erwähnten Vorſchriften der Intendanz nicht ſo weit gehen können, daß ſie in die Vertragsgegenſtände und Bedingungen zwiſchen Kläger und Beklagten eingreifen, und daran etwas einſeitig aus dem alleinigen Willen des einen Vertragstheils der Beklagten abändern dürfen. Betrachtet man nun die hier vorliegenden, ſich auf das Urlaubsreglement bezüglichen Vertragsverhältniſſe, ſo hat Kläger vertragsmäßig einen Urlaub von zwei Monaten anzuſprechen, und wenn er in Benutzung dieſes Urlaubs denſelben eigenmächtig verlängert, ſo macht er ſich ganz un-

Digitized by Google

zweifelhaft einer Vertragsverletzung schuldig. Jede solche Vertragsverletzung gibt aber dem andern Vertragstheil, hier der großherzoglichen Hoftheaterintendanz, unter andern ein Recht auf Entschädigung, und wenn nun in den Theatergesetzen v. J. 1819, welche nach §. 3 des Vertrags die Bedingungen der Dienstleistungen des Klägers sind, für den Fall der Verletzung des Urlaubs gewisse Strafen festgesetzt waren, welche in ihrer Richtung auf den theilweisen Verlust des Gehalts, und selbst des nächsten vertragsmäßigen Urlaubs sich doch unzweifelhaft auf die Vertragsrechte und Vertragsbedingungen des Klägers beziehen, so ist damit der Vertrag des Klägers, sein Dienstverding, unter dem im L.R.S. 1226 folgende beschriebenen Strafgedinge für den Fall der Vertragsverletzung des Klägers durch Urlaubsüberschreitung eingegangen, und solches Strafgedinge nach den Bestimmungen des VII. Abschnitts §. 1 — 17 der Theatergesetze v. J. 1819 näher festgesetzt worden. Dies kann nicht bezweifelt werden, denn durch Ueberschreitung seines vertragsmäßigen Urlaubs verletzt Kläger seinen Vertrag, jede Verletzung eines auf Thun gerichteten Vertrags verbindet nach L.R.S. 1142 zu einer Entschädigung, und da sich beklagter Theil nicht darauf einlassen wollte und konnte, deßhalb einen in der Liquidation des Schadens weit aussehenden Rechtsstreit mit dem Kläger anzufangen, er doch aber auch nicht in jeder Urlaubsverletzung eine Aufhebung des Vertrags sehen wollte, so war es vorsichtig und zweckmäßig, dafür alsbald bestimmte Folgen für solche Urlaubsüberschreitungen festzustellen, welche ihr den Schaden vergüteten, und das sind gerade die Strafgedinge des L.R.S. 1226 flg. Es können auch die Strafen wegen Urlaubsüberschreitung gar nicht anders erklärt werden, weil die Beklagte mit dem Kläger bezüglich des Urlaubs und des Gegenstands der Strafen, des Gehalts des Klägers, in einem privatrechtlichen Vertrag steht, und ihm aus irgend andern strafrechtlichen oder polizeilichen Gründen keinen Verlust an diesem seinem Recht auf Urlaub und Gehalt mit Rechtswirkung auflegen kann. Es steht ja ein solches Recht des Dienstherren, dem Diener wegen Verletzung seiner Vertragspflichten willkührlich einen Theil seines Gehalts zurückzubehalten, selbst bei dem Hausgesinde dem Hausherrn nicht zu, und was bei so niedern Diensten, was bei Handwerksverrichtungen nicht Recht ist, kann doch wahrlich nicht bei so ausgezeichneten Kunstleistungen, wie sie Kläger zugesagt hat, Recht seyn. Man hat von jeher die Leistungen der Wissenschaft, die locatio conductio operarum honestarum, mit mehr Rechten ausgestattet als Handwerksverrichtungen und Hausarbeiten. Kunst und Wissenschaft sind aber Zwillingsschwestern, und es wäre eine Sitten und Meinungen kultivirter Völker verachtende Entscheidung, wenn man einen Künstler, wie Kläger ist, in seinen Dienstleistungen geringer schätzen, und deßhalb weniger vor dem Richter schützen wollte, denn einen Taglöhner. Die Beklagte in ihren, so sehr Achtung der dramatischen Kunst athmenden, Theatergesetzen, in ihrem die Kunst so sehr pflegenden Bestreben, wird dieses selbst am ehesten verwerfen, und sie wird es vor Allen anerkennen, daß ein Künstler, wie Kläger, nicht schlimmer daran seyn kann, als ein sonst ein niederes Dienstgeding eingehender Mann. So wie aber hiernach die Bestimmungen der Theatergesetze v. J. 1819 im VII. Abschnitt wirkliche vertragsmäßige Strafgedinge sind, so sind sie für und gegen beide Vertragstheile auch Bedingungen des Vertrags, und da nach L.R.S. 1231 in Abänderung des römischen Rechts, der L. 28 d. de act. emt., der Richter nicht einmal die vertragsmäßig festgesetzte Strafe erhöhen kann, so kann er bei vorkommenden um den Vollzug der Strafgedinge sich drehenden Rechtsstreiten noch weniger einem Vertragstheil das Recht zusprechen, die vertragsmäßig festgesetzten Strafgedinge einseitig abzuändern, und, wie hier geschehen, auf einen größern Fuß zu erhöhen. Es kann daher der ebenfalls an die frühern zur Zeit des Abschlusses des Vertrags bestandenen Strafgedinge der Theatergesetze v. J. 1819 gebundenen Beklagten nicht das Recht zugesprochen werden, auf den Kläger die neuern, einseitig und unter seinem ausdrücklichen Widerspruch erlassenen Konventionalstrafen des Urlaubsreglements v. J. 1835 anzuwenden, sondern diese Anwendung muß dem gerechten Verlangen des Klägers gemäß auf die vertragsmäßigen Satzungen und Beträge der Theatergesetze v. J. 1819 reducirt werden. Die Zusage des Klägers im §. 3 seines Vertrags hinsichtlich der Anordnungen der Beklagten steht diesem nicht entgegen, denn sie geht nicht auf einseitige Abänderung der als Vertragsbedingungen festgesetzten Konventionalstrafen. Sie wäre dann wieder unbeschränkt, und würde eben in der unbeschränkten Unterwerfung unter den Willen der Beklagten abermals eine Nichtigkeit des Vertrags herbeiführen, denn Beklagte konnte nicht nur die geschehene Erhöhung eintreten lassen, sondern sie konnte festsetzen, daß bei Ueberschreitung des Urlaubs, auch nur um einen Tag, der Kläger 1000 fl., ja seinen ganzen künftigen Gehalt zurücklassen müsse, keinen Urlaub mehr ansprechen dürfe, und seine zehn Jahre umsonst zu dienen habe. Allerdings würde die Beklagte dieses wohl nicht thun, allein sie hatte doch in der unbeschränkten Unterwerfung des Klägers unter ihren Willen das Recht dazu, und wenn sie jetzt gegen den Klägrr eine Anerkennung der im Jahr 1835 einseitig beschlossenen Erhöhung verlangen könnte, so kann sie es auch für jede künftige Erhöhung. Diese im Jahr 1835 eingetretene Erhöhung ist aber keineswegs unbedeutend,

Digitized by Google

denn, während nach den Bestimmungen v. J. 1819 die Strafe von 10 fl. per Tag der Urlaubsüberschreitung erst am neunten Tag der Ueberschreitung anfieng, soll sie jetzt mit erstem Tag schon anfangen, und während früher für eine Verlängerung des Urlaubs nur der halbe Gehalt zurückbehalten werden konnte, soll jetzt der ganze Gehalt zurückbehalten werden. Diese letztere Zurückbehaltung, in Bezug auf einen sich nach den Bestimmungen v. J. 1819 bedungenen kontraktmäßigen Urlaub ist aber schon allein für sich eine Abänderung einer Vertragsbedingung des Klägers, welche wahrlich vor dem Richter mit Berufung auf dienstpolizeiliche Vorschriften nicht gerechtfertigt werden kann, weil sonst das ganze Vertragsrecht des Klägers, sein kontraktmäßiger Urlaub und sein Gehalt durch sogenannte dienstpolizeiliche Anordnungen der Beklagten aufgehoben und vernichtet werden könnte. Daß Kläger nach den Bestimmungen v. J. 1819 aber mehr Schaden habe, als in der Anwendung der v. J. 1835 deßhalb liege, weil er nach jenen seines nächsten Urlaubs verlustig seie, kann nicht in Betracht gezogen werden, denn abgesehen davon, daß es noch zweifelhaft ist, ob nicht auch nach den Bestimmungen v. J. 1835 der Kläger seines nächsten Urlaubs verlustig wäre, so ist die Benuzzung dieses Urlaubs ein freies Recht des Klägers, von dem man jetzt nicht weiß, ob er davon Gebrauch machen wird, und von dem sich überdies noch nicht mit Gewißheit für die Zukunft sagen läßt, ob er auch dem Kläger ein Geldvortheil eintragen wird. Das ist aber jetzt gewiß, daß Kläger in Anwendung der Bestimmungen v. J. 1835 gegen die niedern im Jahr 1819 jetzt schon einen pecuniären Nachtheil hat, und wenn er seine Behandlung nach den zur Zeit seines Vertrags bestandenen Konventionalstrafen verlangt, so kann er dieses vertragsmäßige Recht selbst da verlangen, wo es ihm in einer andern Beziehung einen größern Schaden bringen könnte, was aber, wie gezeigt, nicht der Fall ist.

Kann sonach Kläger nicht angehalten werden, sich den Bestimmungen des Urlaubsreglements v. J. 1835 zu unterwerfen, so behauptet Beklagte weiters, daß er sich doch wenigstens in Betreff des verletzten, den Rechtsstreit bedingenden, Urlaubs denselben damit unterworfen habe, daß er eine Urlaubsverlängerung erbeten, und solche ihm unter den im §. 8 des Urlaubsreglements vom Jahr 1835 enthaltenen Bestimmungen ertheilt worden seie, wornach er am 10. Juli 1835 einzutreffen gehabt habe. Diese Urlaubsverlängerung habe Kläger unter Bezeugung seines tiefsten Dankes angenommen und benützt, und somit nach L.R.S. 1108 b durch die darin liegende stillschweigende Einwilligung das Urlaubsreglement vom Jahr 1835 anerkannt.

Allein dem ist nicht so. Vorerst ist nämlich durch den in der Urlaubsverlängerung geschehenen ausdrücklichen Bezug auf den §. 8 des Urlaubsreglements v. J. 1835 dem Kläger nur dieser §. 8 angeboten, also auch nur dieser anwendbar geworden. Er enthält nur die Bestimmung des Abzugs des ganzen Gehalts für die Urlaubsverlängerung, und da die alsbaldige Ansetzung der Strafe von 10 fl. für jeden Tag der Urlaubsüberschreitung gar nicht im §. 8, sondern im §. 9 steht, auch nicht zu den im §. 8 enthaltenen Bestimmungen über Urlaubsverlängerungen gehört, so kann von einer stillschweigenden Einwilligung in die Bestimmungen über Urlaubsüberschreitungen keine Rede seyn. Sodann ist Kläger keineswegs zu der ihm ausdrücklich nur bis zum 10. Juli ertheilten Urlaubsverlängerung, die ihm unter der Bestimmung des §. 8 ertheilt wurde, in Karlsruhe eingetroffen, sondern erst den 31. Juli, und wenn nun auf die Zeit der Urlaubsverlängerung vom 20. Juni — 10. Juli nach den Bestimmungen des durch Annahme dieser Verlängerung anerkannten Urlaubsreglements v. J. 1835 zu richten wäre, so folgt daraus noch keineswegs, daß nun auch eine Anerkennung und Anwendbarkeit der selbstständigen Vorschriften des Urlaubsreglements für die Urlaubsüberschreitung vom 10. Juli — 31. Juli Statt finden müßte, von denen gegen den Kläger nie eine Rede war.

Allein die behauptete stillschweigende Einwilligung in das Urlaubsreglement vom Jahr 1835 liegt überhaupt nicht vor. Ausgehend von der dabei nothwendigen Unterstellung, daß Kläger das Urlaubsreglement v. J. 1835 nicht anzuerkennen hat, ist also auch richtig, daß er seinen Urlaub unter den für ihn geltenden Bestimmungen von 1819 angetreten, und den 13. Juni um dessen Verlängerung, um zwei Monate, gebeten hat. Wenn ihm nun unter dem Bezug auf §. 8 des Urlaubsreglements v. J. 1835 ein Urlaub von drei Wochen ertheilt wurde, so hatte er nicht unter dieser Voraussetzung, und nicht um diesen Urlaub gebeten, sondern seine Bitte unter der Unterstellung der Bestimmungen v. J. 1819 auf zwei Monate gerichtet. Die Einwilligung ist nun aber überhaupt die Erklärung, das zu wollen, und es so zu wollen, was und wie ein Anderer will, und uns zu wollen vorschlägt — duorum in idem placitum consensus — und da hier die Einwilligung in die Annahme und Anwendbarkeit des Urlaubsreglements von 1835 von Seiten des Klägers vorliegen soll, und zwar, wie der S. 1108 b auf sehr zu beachtende Weise sagt: auf eine zur Annahme reife Erklärung hin, so müßte dem Kläger nicht nur so nebenbei, und nur ein Paragraph des Urlaubsreglements v. J. 1835 zur Annahme hin vorgelegt werden, sondern man hätte ihm, wenn man seine Einwilligung in das Urlaubsreglement v. J. 1835 als den Preis der ertheilten Urlaubsverlängerung erhalten wollte,

Digitized by Google

dieſes als die Bedingung des ertheilten Urlaubs um ſo mehr aufſtellen müſſen, als er um den erhaltenen Urlaub von drei Wochen gar nicht gebeten, ſondern einen von zwei Monaten verlangt hatte. Beklagtee Theil hätte doch, wenn er vor hatte von dem Kläger die Einwilligung in das Urlaubsreglement v. J. 1835 zu erhalten, welche dieſer kurz vorher verweigeet hatte, doch ſelbſt die Abſicht haben müſſen, dieſe Einwilligung herbeizuführen, ſie ſoll ja der Gegenſtand der ſtillſchweigenden Einwilligung ſeyn, und daß er ſelbſt dieſes nicht im Sinne hatte, folgt klae daraus, daß er dem Kläger unter zwölf Paragraphen des Reglements vom Jahr 1835 nur einen ſo nebenbei bemeekte, der ihm keine Einwilligung in das ganze neue Reglement bezwecken und herbeiführen konnte. Es fehlt ſonach gewiß ſchon über die ſtillſchweigende Einwilligung des Klägers in das Urlaubsreglement v. J. 1835 die vorausgehende zur Annahme reife Erklärung der Beklagten, daß ſich Kläger dem Reglement jetzt unterwerfen ſolle, allein wäre auch dieſes Eeforderniß vorhanden, ſo reicht dieſes nicht zur Annahme einer ſtillſchweigenden Einwilligung aus, ſondern es muß, eben um nur unbeſtimmte Veemuthungen da auszuſchließen, wo durch ſtillſchweigende Einwilligung ein Veetrag, eine feſte Regel für Rechtsverhältniſſe zweier Perſonen zu Stande kommen ſoll, von dem Andern, hier von dem Kläger, eine Handlung nach Landrechtsſatz 1108b vorgenommen worden ſeyn, zu welcher er nur unter Voeausausſetzung der Beiſtimmung in die zur Annahme reife Erklärung veranlaßt werden konnte. Eine ſolche ſtreng anzufordernde und auszulegende Handlung des Klägers iſt aber hier nicht vorhanden. Daß Klägee zwar für die Urlaubsverlängerung gedankt hat, kann eine ſolche ſtillſchweigende Einwilligung für ſich nicht involviren, weil dieſes als eine reine Höflichkeitsbezeugung gerade bei der unmittelbar auf den erhaltenen Urlaub eingegebenen Bitte um Urlaub auf unbeſtimmte Zeit vorkommt, womit Kläger genügſam bethätigte, daß ihm der nue auf deei Wochen erhaltene Urlaub nicht genügte, und er alſo mit ihm und ſeinen Bedingungen nicht zufrieden war. Er hat aber ſogar wieder nach Abſchlagung dieſes unbeſtimmten Urlaubs um Aufhebung ſeines Vertrags nachgeſucht, und damit doch gewiß erklärt, daß er nicht nur ſeinen ältern Verteagsbedingungen v. J. 1819 enthoben ſeyn will, ſondern auch nicht geſonnen iſt, noch andere, härtere, zu übernehmen. Daß abee die Benutzung des Urlaubs eine nur untee dee Voeausſetzung der Einwilligung in das Urlaubsreglement vom Jahr 1835 zu erklärende Handlung ſeie, iſt noch weuigee anzunehmen, denn vorerſt iſt ihm die mit Bezug auf das Reglement des Jahrs 1835 §. 8 ertheilte Urlaubsverlängerung, ausdrücklich und zugleich nur bis zum 10. Juli geſtattet, und ihm aufgegeben worden, an dieſem Tag in Karlsenhe einzutreffen. Er hat aber dieſes nicht eingehalten, ſondern iſt in Karlsruhe erſt am 31. Juli eingetroffen, und hat damit offenkundig bethätigt, daß er den Uelaub bis zum 10. Juli — als Ausbleiben von Karlsruhe — nicht als veetragsmäßige Verlängeeung und nur als verteagsmäßige Verlängeeung allein benützt hat, ſondern daß er eben ſeinen erſten Urlaub von zwei Monaten nicht für ausreichend hielt, und ihn eigenmächtig verlängerte, ſo lange er es dem Zweck des Urlaubs, der achtbar iſt — Ausbildung in ſeiner Kunſt — für nöthig hielt. Wenn Kläger ſogar über den 10. Juli hinaus noch drei Wochen bis zum 31. Juli ausblieb, ſo kann man gewiß nicht ſagen, daß er die vorhergehende Zeit vom 20. Juni — 10. Juli gar nicht ausgeblieben wäre, und ſie nur und allein als Verlängerung ſeines Urlaubs benutzt hätte. Nein, er würde um ſo mehr und um ſo eher ausgeblieben ſeyn. Die Nichteinhaltung der Urlaubsverlängerung vom 20. Juni bis zum 10. Juli, und die Nichteefüllung der Bedingung, die dabei feſtgeſetzt wurde, am 10. Juli in Karlsenhe einzutreffen, iſt der beſte Beweis, daß Kläger hier nirgends die Abſicht hatte, ſich zu den Beſtimmungen des Reglements v. J. 1835 neu zu verbinden, und eben weil er die damit mit feſtgeſetzte Bedingung der Rückkehr nach Karlsruhe nicht einhielt, iſt auch keine ausdrückliche, und keine ſtillſchweigende Einwilligung beider Theile in etwas dabei Feſtgeſetztes zu Stande gekommen. Die Beklagte müßte, wenn es iheen Intereſſen gemäß geweſen wäre, gewiß ſüe nicht verpflichtet erklärt worden ſeyn, gegen den Klägee bei der fraglichen Urlaubsverlängerung die Bedingungen des Reglements v. J. 1835 da anzunehmen, wo er ſich mit dieſer Verlängerung nicht zufrieden ſtellte, und die damit feſtgeſetzte Bedingung der Rückkehr nach Karlsruhe auf den 10. Juli nicht erfüllte, und wenn ſie ſonach gegen den Kläger nicht zur Einhaltung des Reglements v. J. 1835 verbunden wäee, ſo iſt es auch Kläger bei Nichtachtung dieſee Urlaubsverlängerung gegen ſie nicht, denn die Einwilligung beidee Theile mußte auf den nämlichen Gegenſtand zuſammentreffen, was hier nicht geſchehen iſt.

Beklagte mußte nach allem dieſem verurtheilt werden, „den Kläger füe ſeine Urlaubsüberſchreitung nur nach den Beſtimmungen v. J. 1819 und nicht nach jenen v. J. 1835 zu behandeln, und hat ſämmtliche Koſten zu tragen," weil die Verweeſung der nach L.R.S. 1184 allerdings rechtlich begründeten alternativen Bitte um Aufhebung des Vertrags nicht als in Rechten unbegründet verworfen wird, ſondern nur nach Ermeſſen des Richters darauf als nicht den Umſtänden gemäß eekannt, und der Sache nach dem beklagten Theil die Erfüllung ſeines Vertrags aufgegeben wuede, oder wie L.R.S. 1184 ſagt, ihm dazu ein Aufſchub ertheilt worden iſt.

Sander.

Hauptredacteur Miniſterialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Geoos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 21. Mai 1836.

I.

Hofgericht Rastadt.

Diebstahl aus Hungersnoth, und mit unterlaufende Geisteskrankheit.

K. Karcher, früher Unteroffizier in der Artillerie, von wo er das Zeugniß einer guten Aufführung erhielt, trat nach seinem Abgang vom Militär in mehrere Dienste, und ward den 19. Dezember v. J. aus der Branntweinbrennerei in Rothenfels entlassen, weil er dorten durch seine Nachläßigkeit das Springen eines Kessels veranlaßt hatte. Ohne Ausweis und Geld gieng er nach dem ungefähr ein Stunde entfernten Michelbach, und aß dorten in einem Wirthshaus zu zwei Schoppen Wein zwei Brode, mit Zurücklassung seiner Kappe entfernte er sich und verbarg sich auf einem Heustock, wo er bis zum 27. Dezember Abends liegen blieb, und dann, heruntersteigend, in ein Wirthshaus gieng, dorten Wein trank und etwas Fleisch und Brod dazu aß, dafür aber seinen Rock zurücklassen mußte. Er gieng nun abermals auf seinen Heustock zurück, und entschloß sich, in der Nacht des 1. Januar, vom heftigsten Hunger gequält, und, wie er sagte, ohne Rock nicht im Stande, sich vor den Leuten sehen zu lassen, sich Lebensmittel zu verschaffen, er stieg Nachts von seinem Heustock herunter, bemerkte in einem nebenanstehenden Haus einen Schüttstein, schloß daraus, daß dorten die Küche seie, holte eine vorgefundene Leiter, stieg nach Eindrücken des Küchenfensters hinein, und nahm Brod und Schmalz, so wie einen Hafen zum Füllen mit Wasser mit fort, gieng zurück auf den Heustock und ward den 7. Januar entdeckt, nachdem er sich unterdessen mit den zu sich genommenen Lebensmitteln genährt hatte. In der Untersuchung gestand er alles zu, und äußerte auf die Frage wegen seines verborgenen Aufenthalts, er habe einen Lebensüberdruß gehabt und sich aushungern wollen. Erhoben ward weiters, daß seine Mutter und die Schwester derselben an Geisteskrankheiten gelitten habe, und nach Aussage seiner Bekannten hat er selbst schon Anfälle von Geisteskrankheit gehabt. Das Physikat gab über seinen geistigen Zustand ein Gutachten ab, was, um es am kürzesten auszudrücken, nicht gehauen und nicht gestochen war, der diesseitige Medicinalreferent hielt ihn aber für schlechthin zurechnungsfähig.

Allein man erwog. Schon die Karolina erkennt im Art. 166 an, daß die Entwendung von Lebensmitteln in rechter Hungersnoth, wenn der Diebstahl tapfer, groß und kündlich war, nach Umständen ganz straflos seyn kann. Hier war der Diebstahl nur ein kleiner, und obschon Inkulpat eingestiegen ist, so war doch seine erste Handlung die, daß er die auf die Stiege führende Thüre der Küche öffnete, um alsbald bei einer etwaigen Entdeckung leicht entfliehen zu können, die ratio legis der Qualifikation des Diebstahls mit Einsteigen, daß der Dieb wegen des schwierigen Wegs der Flucht zur Wehre veranlaßt wäre, lag also bei dem vor allen Dingen sich einen bequemen Weg der Flucht öffnenden Inkulpaten nicht vor, und in so fern man behaupten möchte, daß der qualificirte Diebstahl in Hungersnoth sich der Straflosigkeit nicht zu erfreuen habe, wird bei dem gerade die Ungefährlichkeit des Inkulpaten beweisenden Benehmen desselben das Einsteigen an und für sich eine sonst begründete Straflosigkeit nicht ausschließen. Daß Inkulpat in großer Hungersnoth war, ist von ihm behauptet, und wenn man bedenkt, daß er vom 19. Dezember bis 1. Januar also in 14 Tagen nur zweimal Nahrung zu sich nahm, etwas Fleisch und für 4 kr. Brod, so wird man nicht bezweifeln können, daß er zur Zeit der Entwendung allerdings vom heftigsten Hunger gequält war. Daß aber unter rechter Hungersnoth eine allgemeine Hungersnoth, oder eine von dem Inkulpaten in keiner Weise verschuldete anzunehmen seie, kann nicht zugegeben werden, denn in erster Beziehung setzt ja schon die Carolina voraus, daß eine Hungersnoth besteht, welche der Thäter oder sein Weib, oder seine Kinder erleiden, und indem sie also unterstellt, daß auch das die Entschuldigung des Art. 166 gewährt, wenn zwar der Thäter selbst keinen Hunger hat, aber für sein hungerndes Weib oder Kind stiehlt, nimmt sie also keine allgemeine Hungersnoth an, denn solche besteht ja gerade für den Thäter selbst in diesem Fall nicht.

Digitized by Google

In zweiter Beziehung ist aber allgemein anerkannt, daß unter dem Ausdruck rechter Hungersnoth, eine wahre, eine große Hungersnoth zu verstehen ist, Tittmann §. 115, Wächter §. 95, was man um so mehr anzunehmen hat, als es bei dem einmal bestehenden großen Hunger und der darin geschehenen Entwendung von Lebensmitteln weniger darauf ankommt, ob es überhaupt möglich war, dem Entstehen des Hungers zuvorzukommen, als vielmehr darauf, ob gerade zur Zeit des Hungers dieser auf eine rechtliche Weise sonst alsbald befriedigt werden konnte, oder der Dieb keinen andern augenblicklichen Ausweg hatte, als eben die Lebensmittel zu entwenden, welche er zur Befriedigung seines Hungers alsbald bedurfte. Hier nun war aber für den Inkulpaten, der sich vierzehn Tage auf einem Heuspeicher verborgen, keinen Ausweis über seine Person und Heimath, nicht einmal einen Rock zur Bekleidung im harten Winter hatte, Nachts bei Eintritt des quälenden, sich immer mehr und mehr steigernden Hungers kein alsbaldiger rechtlicher Weg zur Befriedigung seines Hungers geöffnet. Sollte er Nachts um Brod betteln, oder dem Bürgermeister seine Noth klagen? Das war alles zu weit aussehend, so daß man den Inkulpaten gewiß im Zustande einer großen Hungersnoth finden wird, der er nicht wohl anders als durch augenblickliche Wegnahme von Eßwaaren ausweichen konnte. Wäre aber alsdann Inkulpat nach den Bestimmungen der Karolina straflos, so muß diese Straflosigkeit auch bei uns unter der Herrschaft des Strafedikts eintreten, denn sonst käme man in die sonderbare Lage, daß man mittelst Anwendung des Strafedikts härter als die Karolina gegen einen Verbrecher verfahren würde, wo doch das Strafedikt gerade zur Milderung der Karolina bestimmt, und also die in sich schon milde Bestimmung der Karolina gewiß um so mehr aufrecht erhalten ist *).

Dazu kommt aber noch, daß erwiesenermaßen der Inkulpat eine erbliche Anlage zu Geisteskrankheit besitzt, und selbst schon an solcher, und zwar an Melancholie, in Folge dieser an einem vernunftwidrigen Lebensüberdruß, gelitten hat. Läßt sich nun allerdings nicht nachweisen, daß er im Augenblick der Entwendung gerade an einer, seine Zurechnungslosigkeit bedingende, Geisteskrankheit gelitten hat, so kann man doch aus dem menschenscheuen Abschließen und Zurückziehen des Inkulpaten während 21 Tagen von aller menschlichen Gesellschaft entnehmen, daß seine Angabe, er habe sich im Lebensüberdruß aushungern wollen, nicht grundlos ist, und daß er also wirklich an einer, seine Zurechnungsfähigkeit schwächende, Geisteskrankheit litt, und bedenkt man nun die ganz zutreffende Bemerkung von Martin §. 40, daß der unwiderstehlich hinreißende thierische Instinkt des Menschen, namentlich des Hungers, die innere Willensbestimmung zuweilen aufhebt, so wird man gerade, in Erwägung aller Umstände, den Inkulpaten, der an einer wenigstens beginnenden Geisteskrankheit litt, in Folge dieser, und des eingetretenen, nach Lage der Sache gewiß im höchsten Grad bestehenden quälenden Hungers in einem solchen Willenszustande finden, der ihn für die ohnedies schon zur Straflosigkeit hinführende Entwendung von Lebensmitteln in großer Hungersnoth auch zurechnungslos, folgeweise überhaupt straflos darstellt. Darnach ist auch vom Gerichtshof erkannt worden. Sander.

*) Daß die erwähnte Bestimmung der Karolina auch bei uns gilt, und daß nicht blos eine allgemeine, sondern auch diejenige wahre Hungersnoth entschuldige, in welche der Einzelne durch seine besondere Lage gerathen ist, — wird wohl gar keinem Anstande unterliegen. Aber eine starke Annahme wird es immerhin bleiben, denjenigen als in einer solchen Hungersnoth befindlich zu betrachten, welcher in einem Orte und in einem Gebäude, wo sich hinlänglich Nahrungsmittel befinden, sich aufhält, und keinen Schritt thut, um sich auf rechtliche Weise davon zu erwerben, sondern, ohne nur einen Menschen vorerst darum anzugehen, sie zur Stillung seines Hungers entwendet. D. R.

II.

Harte Gesetze und harte Richter.

Etwas zu Scherz und Ernst.

1.

Die churpfälzische Forst- und Waldordnung von 1711 schreibt im §. 104 Folgendes vor:

„Wir wollen zwar hiermit gnädigst verwilligt haben, daß die Unterthanen ihre erlaubten Güter mit Zäunen vermachen, und vergraben mögen, doch sollen die Häge oder Zäune oben nicht spitzig seyn, auch nicht Lücken haben, dadurch dem Wild im Hinüberspringen Schaden begegnen könnte, bei Straf der darwider handelt 5 fl., dafern aber ein Hirsch sich wirklich spisse, oder sonsten zu Schanden gienge, soll die Straf sein 20 fl., von einem Thier 10 fl. und von einem Reh 5 fl.“

2.

Bekanntlich besteht in Baden noch die Ordnung, daß ein Ehegatte, welcher dem Andern beharrlich das eheliche Zusammenleben verweigert, durch dreimal wiederholte polizeiliche Haft wegen seiner Pflichtwidrigkeit gestraft werden soll, wo alsdann, wenn diese Zwangsmittel den Willen des Widerstrebenden nicht beugen, der Andere hieraus einen Ehescheidungsgrund — eine grobe Mißhandlung — wenigstens der Praxis nach, ableiten kann.

Die Betrachtung nun, daß wohl in höchst seltenen Fällen der Ehegatte, welchem der Mann oder die Frau entläuft, der mißhandelte Theil seyn mag, wogegen aber in den allermeisten Fällen sicher der der wahrhaft Mißhan-

Digitized by Google

delte ist, welchen die mannigfaltigsten Vexationen und wohl auch geheime Thätlichkeiten zu dem verzweifelten Entschlusse brachten, zu entlaufen, sich ins Gefängniß sperren zu lassen, und hinterher in einem Scheidungsprozesse als schuldiger Theil zu unterliegen; diese Betrachtung, sage ich, hat in neuerer Zeit die meisten Richter zur Milde gestimmt, so daß der dritte Beugungsversuch selten in mehr als 4 — 6 Wochen bürgerlichem Gefängniß besteht, ja es wurde nach Umständen auf bloßen Hausarrest erkannt.

Daß aber andere Gerichte auch noch auf mehrere Monate Korrektionshaus erkennen, ist eine dem Einsender bekannte Thatsache, welche die folgende, von einem Laien in der Jurisprudenz verfaßte, humoristische Vorstellung aus Anlaß eines solchen Falles, treffend würdiget.

Großherzogliches Höchstpreisliches Oberhofgericht!

Bitte des Armenschelmenadvokaten N.
um billige Gerechtigkeitspflege
in Sachen
der Philippina N. N. in N., geborne N., Ehefrau des Friedrich N., flegelhaften Seifensieders allda, die wegen ehelichen Unfriedens sich dem Cölibat ergeben, und nun hier im Korrektionshaus Moral lernen soll.

Unterzeichneter will bei einem hochweisen höchsten Gericht keineswegs geltend machen, daß er besagte N. als ein kleines Mädchen gekannt, und in ihrer Eltern Hause, so damals Zuckerbäckersleute waren, vielfache, auch unentgeldliche Freundlichkeit empfangen, sondern er beschränkt sich rein auf den objektiven Thatbestand und die Akten, die er nicht kennt, und fragt nur unterthänigst an, ob in diesem Falle das allerhöchste Recht auch durch die gehörige Billigkeit moderirt sei, da man ja bekanntlich selbst das edle Gold mit anderm Metall zu versetzen pfleget, auf daß es einen guten Klang habe denn nach dem jus zu operiren ist zwar eine Capitalskunst, aber noch lange die edelste nicht.

Belobte N. N. ist vor zwei Jahren von ihrem Mann weg zu ihren Eltern gelaufen, aus Gründen, die der Hr. Hofgerichtsrath N. N. (denn dieser soll Referent gewesen seyn) besser wissen wird als ich; sie ist dann im Anfange dieses Jahrs auf hofgerichtliches Urtheil in N. N. zweimal, zusammen vier Wochen lang, im bürgerlichen Arrest gesessen, und nun ist sie Ende Januars vom Hofgericht zum dritten Arrest, d. h. auf ein Vierteljahr ins hiesige Korrektionshaus, verurtheilt worden. Sie hat dann beim Hofgericht um Milderung gebeten, ist ihr aber abgeschlagen worden, und so ist sie denn hieher gegangen. Vater und Mutter sind alt, und die Geschichte ist (wie mir eine N—er Frau versichert hat) wahrscheinlich des Vaters Tod, denn das Wort „Zuchthaus" bringe des alten Ns. Gemüthskrankheit auf den höchsten Punkt, er soll gewiß gar nichts mehr essen und den ganzen Tag seufzen, und wo Fasten und Seufzen hinführt, das kann ein oberstes Hofgericht an einem, etwa dur'chs Loos zu bestimmenden, höchsten Mitglied selbst einmal probiren, wenn's will; (wenn ich Herr wäre, müßte mir jeder Herr Hofgerichtsrath jährlich acht Tage und ein Herr Oberhofgerichtsrath 14 Tage seufzen und fasten, und die Herren Advokaten wenigstens Monate lang).

Erwähnte N. N. nebst Familie, hält nun dieses Urtheil nicht für Recht, sondern durch falsches Auffassen des kürzlich verstorbenen Beamten entstanden, der, an der wohlbekannten Lungenschwindsucht laborirend, höchst mürrisch gewesen seyn soll, und die Leute nicht habe gehörig reden lassen. Meine Schwester hat nun mehrerwähnte N. N. auf ihr Verlangen besucht, und da hat sie in des Verwalters Gegenwart an mich die Bitte um einen vernünftigen Rath richten lassen. Meine Schwester sagte mir nun: das junge, höchst elend und verkümmert aussehende Weib habe ihr unter den heftigsten Thränen erklärt, daß sie auch sogar diese höchste Schande lieber ausstehen wolle, als wieder zu ihrem Manne gehen, weil er nicht blos sie selbst, sondern auch ihre alten Eltern mißhandelt habe, und weil er ihren Kindern alles verthue. Auf alles Zureden meiner Schwester erwiederte sie, da sie es für Pflicht halte gegen ihre Kinder und gegen ihre Eltern, lieber Alles zu dulden, als zu ihrer Aller größtem Schaden wieder zu ihrem Mann zu gehen. — Das Härteste ist nun dieser Frau (und scheint auch mir so, und hat mich zu dieser Supplik bewogen), daß sie mit Verbrechern in einer Stube zusammenwohnen muß. Die Unbilligkeit und Härte dieser Prozedur hat sogar Herr Zuchthausverwalter selbst (der doch seine Anstalt für ein höchst anständiges Etablissement gegen meine Schwester erklärt hat) damit eingestanden, daß er sagte: „in Zukunft würden solche Weiber allein gesetzt, jetzt aber sei noch kein Platz." Nun frage ich ein höchstpreisliches Oberhofgericht allerunterthänigst, ob unsere obersten Gerichtsbehörden nicht verpflichtet sind, in solchen Fällen, wo noch kein Platz für das Rechte ist, dadurch der Gerechtigkeit Platz zu machen, daß man etwa längeres bürgerliches Gefängniß, oder was immer, erkennt, so lange das hiesige Zuchthaus noch nicht gebaut ist, denn zur völligen Corruption alles moralischen Gefühls sind doch wohl die Hofgerichte nicht da.

Mit Vorbehalt meiner persönlichen Freiheit ersterbe ich

Einer höchstweisen Gerechtigkeit
sich vernünftigerweise fügender
N., der Zeit Sachwalter allhier.

N., den 24. Februar 1836.

* * *.

Digitized by Google

III.

Rechtsfall.

Ein richterliches Unterpfand aus einem Straferkenntniß.

Handelsmann N. war wegen einer Zolldefraudation (von Zucker) in Untersuchung genommen, und durch ein unterrichterliches Erkenntniß zu Bezahlung des zwanzigfachen Zollbetrags, als Strafe, und zu nachträglicher Entrichtung des einfachen Zolls verfällt worden. Die betreffende Obereinnehmerei ließ jenes Erkenntniß auf das liegenschaftliche Vermögen des Verurtheilten im Pfandbuche eintragen.

Dieser klagte sofort auf Löschung des Pfandeintrags, wurde aber vom Unterrichter mit der Klage abgewiesen. Auf ergriffene Berufung ergieng jedoch von dem Hofgerichte des Unterrheinkreises ein reformatorisches Urtheil, dahin:

„daß der auf die Liegenschaften des Klägers gemachte Pfandeintrag, so weit er die gegen denselben wegen Zolldefraudation von Zucker erkannte Strafe zum Gegenstand hat, zu streichen, und jener Eintrag nur so weit er sich auf die urtheilsmäßige Forderung des großherzoglichen Fiskus an nachzubezahlendem einfachem Zoll von dem fraglichen Zucker erstreckt, fortzudauern habe."

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des L.R.S. 2123, welcher besagt:

„Ein richterliches Unterpfand gibt jedes Urtheil dem, für den es ergeht, es mag auf Erscheinen oder Nichterscheinen des andern Theils, endlich oder fürsorglich erfolgen."

In Erwägung

1) daß schon im Allgemeinen nach dem Bereiche des Landrechts, als Gesetzbuch, welches nur die civilrechtlichen Verhältnisse normirt, so wie insbesondere nach den Worten des angeführten Landrechtssatzes; „dem, für den das Urtheil ergeht", das Entstehen eines richterlichen Unterpfandsrechts aus einem Urtheile, als Folge unserer bürgerlichen Gesetzgebung, nur da denkbar ist, wo civilrechtliche Ansprüche verfolgt und solche zu Gunsten der einen Partei durch Urtheil anerkannt wurden; daß aber aus einem Urtheile, welches, nach gepflogenen strafrechtlichen Verhandlungen gegen den Angeschuldigten eine, in die Staatskasse fließende, Geldstrafe erkennt, kein richterliches Pfandrecht erwachsen kann, da der Anspruch des großherzoglichen Fiskus auf Bezahlung solcher Geldstrafen ein Ausfluß der Strafgewalt des Staats ist, für deren Handhabung besondere, jenes Pfandrechts nicht gedenkende, Gesetze bestehen, und welche zu den Gegenständen des öffentlichen Rechts gehört.

In Erwägung

2) daß sonach der Pfandbuchseintrag des Urtheils des Amtes N., so weit es den, wegen Zolldefraudation in Untersuchung genommenen, Handelsmann N. in eine Geldstrafe verfällte, unzuläßig war, und auf Begehren des Klägers gestrichen werden muß; — L.R.S. 2160. —

In Erwägung

3) daß die in jenem Urtheile weiter noch auferlegte Nachbezahlung des einfachen Zolls zugleich ein Erkenntniß auf Entschädigung des großherzoglichen Fiscus wegen einer unrechten That (der frühern Unterschlagung der gedachten Hoheitsabgabe) enthält; jede Leistung einer Entschädigung wegen eines Vergehens aber nach L.R.S. 1382 eine Civilverbindlichkeit ist;

daß daher diese Eigenschaft der fraglichen, vom Untersuchungsrichter anbefohlene, Leistung die Entstehung des Pfandrechts möglich macht, ohne daß die Sache sich deßhalb ändert, weil die Entschädigung nicht auf vorgängige Civilverhandlung vom Strafrichter erkannt wurde, da die Gesetze den Letztern ermächtigt haben, über diesen Civilpunkt zu erkennen. (Strafedikt §. 19.) Kirn.

Anmerkung der Redaction. Für die in diesen Entscheidungsgründen entwickelte Ansicht, daß für Geldstrafen kein richterliches Pfandrecht erworben werde, spricht außer den angeführten Gründen auch noch der weitere Umstand, daß die Geldstrafen nach L.R.S. 2218a Nr. 5 Abs. 2 im Falle einer Gant mit andern Gläubigern gar nicht konkurriren dürfen, sondern nur noch aus demjenigen, was nach Tilgung aller andern Forderungen übrig bleibt, bezahlt werden können.

Die Gläubiger, als unschuldige Dritte, sollen nämlich durch das Vergehen ihres Schuldners und durch die daher rührende Geldstrafe desselben um so weniger benachtheiligt werden, als der Staat, wenn er auch die Geldstrafe nicht beibringt, gleichwohl dadurch zu seiner Genugthuung gelangen kann, daß er die Geldstrafe nach §. 38 des Strafedikts (so wie nach besondern Bestimmungen der Forst- und Zollgesetze) in Gefängniß verwandelt.

Dieser Zweck wäre nun vereitelt, und die gesetzliche Vorschrift des S. 2218a Nr. 5 Abs. 2 überhaupt illusorisch, wenn es der Verwaltung zustünde, durch Eintragung des Strafurtheils für die Beibringung der Geldstrafe nicht nur das Recht zur Konkurrenz mit den Gläubigern der fünften Klasse, sondern sogar noch einen Vorzug in der dritten Klasse zu erwerben.

Daß es sich aber mit dem im Strafurtheil zugleich ausgesprochenen Schadenersatz, so wie mit den Untersuchungs- und Straferstehungskosten anders verhalte, bedarf wohl gar keine Erläuterung, da dies bürgerliche Entschädigungsforderungen sind, und hinsichtlich ihrer keine gleiche gesetzliche Bestimmung wie hinsichtlich der Geldstrafen (im S. 2218a Nr. 5) gegeben ist. Bekk.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 22. Karlsruhe den 28. Mai 1836.

I.

Ministerium des Innern.

Aufhebung einer Herrenfrohnd.

Die Grundherrschaft von Böklin zu Rust hatte im vorigen Jahrhundert Processe mit der dortigen Gemeinde über Frohnden, Holzberechtigung, Salzaccis, Abzugsrecht, Todfälle, Ohmgeld u. dgl.

Am 28. August 1751 wurden alle diese Streitigkeiten durch einen Vergleich beendigt.

Der §. 2 des Vergleichs, welcher von den Frohndstreitigkeiten handelt, bestimmt, daß jeder Bürger das bisher üblich gewesene Frohndgeld fortzuentrichten habe, sodann, wie es mit der Hin- und Herfuhr der Grundherrschaft und ihrer Beamten zu den Rug- und Freveltagen, und mit den Jagdfrohnden gehalten werden soll.

Darauf heißt es im §. 3:

„Drittens soll das sogenannte Zahlholz aus den Gemeindewaldungen jährlich mit 4 Stück, das Stück zu 8 Klafter, folglich mit 32 Klafter, wie es der Schlag gibt, von der Gemeind in ihren Kosten gehauen, aufgemacht, und der Herrschaft an den Rhein oder einen andern ihr beliebigen Ort, doch nicht außerhalb des Banns Rust geliefert werden."

Als nun das Gesetz über die Aufhebung der Herrenfrohnden vom 28. Dezember 1831 erschienen war, wandte sich die Gemeinde Rust an das Bezirksamt Ettenheim und bat, daß sie von der Beifuhr dieses sogenannten Zahlholzes, als von einer ihr obliegenden Herrenfrohnd, entbunden und das dafür halb aus der Staatskasse, halb von der Gemeinde zu zahlende Ablösungskapital bestimmt werde.

Das Amt vernahm darüber sowohl die Grundherrschaft als die Finanzbehörde.

Die erstere erklärte, es sei in dem erwähnten Vergleiche vom 28. August 1751 von keiner frohndweisen Beifuhr die Rede, und die Verpflichtung zu dieser Beifuhr beruhe auf einer privatrechtlichen Verpflichtung, die Grundherrschaft müsse daher ihr Recht so lang geltend machen, als die Gemeinde nicht durch die höhere Behörde davon entlastet werde.

Auch die Finanzbehörde erklärte, daß es sich hier um eine privatrechtliche Verbindlichkeit handle, und die Beifuhr des fraglichen Holzes eben so wenig als die den Gültpflichtigen obliegende Beifuhr der Gült- und Zinsfrüchte auf einer Herrenfrohndpflicht beruhe, weßhalb der Staat in keinem Falle einen Beitrag zu einer allenfallsigen Ablösung zu bezahlen habe.

Am 21. Mai 1835 erkannte sofort das Bezirksamt:

„daß, da von Seiten der Finanzbehörde die Beifuhr des Zahlholzes nicht als Herrenfrohnd anerkannt, und somit die Existenz einer abzulösenden Frohnd bestritten werde, der Art. 21 des Gesetzes vom 28. Dezember 1831 zur Zeit noch keine Anwendung finden könne, sondern vorerst dem Art. 16 gemäß der Streit hierüber ausgetragen seyn müsse, weßhalb ..... der Gemeinde Rust, resp. der Grundherrschaft, überlassen werde, bei der geeigneten Behörde vorerst ein Erkenntniß über die bestrittene Existenz einer Frohnd auszuwirken."

Hiergegen ergriff die Gemeinde den Rekurs, welchen die Regierung des Oberrheinkreises unterm 4. September 1835 Nr. 15,772 dahin erledigte:

„In Erwägung, daß die Beifuhr des sogenannten Zahlholzes aus den Gemeindewaldungen nicht von den Besitzern eines gewissen Grundstücks, sondern von sämmtlichen, in der Ortsgemarkung von Rust angesessenen, Bürgern zu leisten ist, somit diese Leistung nach L.R.S. 710 g, o in die Klasse der Grundpflichtigkeiten gehört, und ein privatrechtlicher Titel und die rechtliche Natur einer Erbgültleistung überall nicht nachgewiesen ist, wird erkannt:

„„es sei die von der Gemeinde Rust bisher für die Grundherrschaft geleistete frohndweise Beifuhr des sogenannten Zahlholzes als Herrenfrohnd zu betrachten, und es habe daher das Amt nach dem Gesetze vom 28. Dezember 1831 eine Entschädigungsberechnung von den

Digitized by Google

Grundherrschaft zu erheben, die Entschädigungsverhandlungen einzuleiten, sofort über die Größe des Ablösungskapitals salvo rec. in erster Instanz zu entscheiden.""

Die Grundherrschaft fand sich hiedurch beschwert und ergriff den weitern Rekurs an das Ministerium des Innern, indem sie nachzuweisen suchte,

„daß der fragliche Holzbezug eine Berechtigung privatrechtlicher Natur und das unentgeldliche Schlagen und Aufsetzen, so wie die Beifuhr desselben, nur als eine Ergänzung der grundherrlichen Forderung, resp. der Verpflichtung der Gemeinde, anzusehen, in dem angeführten Vertrag aber von den Frohnden und von der Beifuhr des Zahlholzes in verschiedenen Artikeln die Rede sei ꝛc."

Die Kreisregierung bemerkte in ihrem Rechtfertigungsberichte zuerst gegen die amtliche Entscheidung, daß hier der, vom Bezirksamt zitirte, §. 16 des Gesetzes vom 28. Dezember 1831, wornach das Erkenntniß über das Daseyn und den Umfang des Frohndrechts den ordentlichen Gerichten vorbehalten bleibe, keine Anwendung finde, und fügte in Bezug auf die Hauptsache bei: ob die Holzbeifuhr auf dem öffentlichen oder auf dem Privatrechte beruhe, ob sie eine persönliche oder eine Reallast sei, mache hier keinen Unterschied; Herrenfrohnd bleibe die Naturaldienstleistung immerhin, sie möge nun auf dem öffentlichen oder Privatrechte beruhen. Der §. 1 des Gesetzes vom 28. Dezember 1831 hebe alle Frohnden auf, man dürfe also auf den Rechtsgrund der Entstehung nicht sehen, und überhaupt gar keine Unterscheidung machen.

Unterm 2. Mai 1836 erkannte hierauf das Ministerium des Innern Folgendes:

„Da die hier in Frage stehende Berechtigung weder an sich, noch auch hinsichtlich ihres Umfangs bestritten ist, es sich vielmehr nur darum handelt, ob dieselbe als eine Herrenfrohnd anzusehen und somit als durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831 aufgehoben zu betrachten sei, so ist der im §. 16 dieses Gesetzes bezeichnete Fall, da die Gerichte zu entscheiden haben, nicht vorhanden, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das Erkenntniß darüber den politischen Verwaltungsbehörden, welche das Frohndablösungsgesetz zu vollziehen haben, zustehe."

„Dabei kann übrigens auch der §. 23 dieses Gesetzes, wornach die Kreisregierungen über die Größe der Ablösungskapitalien in letzter Instanz zu entscheiden haben, keine Anwendung finden, da es sich hier nicht um die Festsezzung des Ablösungskapitals, sondern um die Statthaftigkeit der nach dem Gesetz vom 28. Dezember 1831 zu bewirkenden Ablösung der fraglichen Leistung an sich handelt, in welcher Beziehung das erwähnte Gesetz den Rekurs nicht beschränkt, ein solcher also nach dem §. 21 der Rekursordnung vom 14. März 1833 an das Ministerium des Innern noch zuläßig ist."

„Was nun aber die Sache selbst betrifft, so unterliegt es keinem Anstande, daß durch den §. 1 des Gesetzes alle Herrenfrohnden aufgehoben sind, und daß dabei weder in Bezug auf den Entstehungstitel, ob sie auf öffentlichem oder auf Privatrecht beruhen, noch in Bezug auf ihre Natur, ob sie dinglich oder persönlich seien, ein Unterschied gemacht werden könne, sondern daß es sich hier lediglich allein frage, ob überhaupt von einer Herrenfrohnd die Rede sei oder nicht?"

„In dieser Beziehung sind wir nun der Ansicht, daß es sich hier um keine Frohnd, überhaupt um keinen für einen Andern zu leistenden (Hand- oder Fuhr-) Dienst handle, indem die Gemeinde nicht das Holz des Grundherrn oder eines Dritten, sondern ihr eigenes Holz wegzuführen hat."

„Es liegt hier nur allein eine Holzberechtigung vor, bei welcher der Lieferungs- oder Zahlungsort nicht im Walde selbst, sondern außerhalb desselben, am Rhein oder auf einer andern Stelle des Ruster Bannes, ist."

„So lang das Holz nicht an den vertragsmäßig bestimmten Ort abgeliefert ist, hat die Gemeinde ihre allein aus der grundherrlichen Holzberechtigung hervorgehende Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, das Holz ist noch ihr Eigenthum und nicht Eigenthum der Grundherrschaft, die Gemeinde führt also ihr eigenes und nicht fremdes Holz. Aber eben darum leistet sie auch eben so wenig eine Frohnd, als wenn der Gültpflichtige, welcher die Gültfrüchte dem Gültbezieher kostenfrei zu überliefern verbunden ist, dieselben zu diesem Behufe aus seiner Scheune in jene des Gültherrn führt."

„Wäre es als eine Frohnd anzusehen, wenn die Gemeinde das Holz, welches sie der Grundherrschaft frei zu liefern hat, wegführen läßt, so wäre es eben so ein Frohnddienst, wenn sie dasselbe im Walde für die Grundherrschaft fällen und aufmachen läßt, und es könnte, da die Herrenfrohnden durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831 allgemein aufgehoben sind, gar keine Holzberechtigung, wobei das Holz nicht blos auf dem Stamm, sondern aufgemacht abzugeben, oder frei abzuliefern wäre, mehr bestehen, so wie auch kein Gültrecht mehr denkbar wäre, bei welchem der Gültpflichtige die Früchte an einen bestimmten Ort abzuliefern hätte."

„Aus diesen Gründen wird daher die Gemeinde Rust mit ihrem Begehren, daß ihre Verbindlichkeit zur kostenfreien Abfuhr des der Grundherrschaft abzugebenden Zahlholzes als eine Herrenfrohnd aufgehoben werde, abgewiesen und in die Kosten verfällt." Bekk.

Digitized by Google

II.

Hofgericht Rastadt.

Kompetenzkonflikt.

Generalkassier Sievert kam im Jahr 1822 wegen verschiedener Dienstvergehen in peinliche Untersuchung, während welcher das großherzogliche Staatsministerium die Suspension vom Dienst und Gehalt gegen ihn aussprach. Er beschwerte sich bei dem Hofgericht des Mittelrheins über diese Maßregel, welches Gericht auf erstatteten Vortrag die Staatsministerialverfügung für richtig erachtete, und durch Beschluß vom 5. November 1822 die Suspension des Sievert vom Gehalt kriminalrichterlich in der Art aussprach:

„daß solche auch die inmittelst verfallene und nicht bezogene Besoldung ergreife, jedoch mit Vorbehalt der gesetzlichen Kompetenz, deren Quantum von der ihm vorgesetzten Dienststelle zu reguliren sei."

Diese richterliche Anordnung blieb von den Verwaltungsbehörden unbeachtet, und insbesondere erklärte das großherzogliche Staatsministerium in einem Beschlusse vom 15. Mai 1823, daß das großherzogliche Aerar gesetzlich nicht verbunden sei, der Familie des Sievert bis zu dessen Aburtheilung eine Sustentation abzugeben.

So wurde denn dem Sievert keine Sustentation verabreicht, und derselbe trat am 29. September v. J. bei dem Hofgericht in Rastadt mit einer Klage auf, worin er die Sustentation mit jährlich 1800 fl. für die Zeit von der Suspension bis zur Aburtheilung seiner Vergehen (vom 1. Mai 1822 bis 3. Oktober 1828) fordert; indem er sich darauf beruft, daß die Wirkung der durch das Urtheil ausgesprochenen Dienstentlassung nicht rückwärts gehe, also schon daher, und wegen des Hofgerichtsbeschlusses vom 5. November 1822 ihm die Sustentation bis zur Entlassung durch Urtheil gebühre.

Das Hofgericht erkannte hierauf am 14. Oktober l. J. Ladung, und ließ das Dekret, wegen Betheiligung des Fiskalanwalts durch seinere Anwaltschaft für Sievert, dem großherzoglichen Finanzministerium unmittelbar zustellen.

Von demselben wurde in einem Erlaß vom 20. Oktober l. J. erklärt, daß es die Kompetenz der Gerichte in dieser Sache nicht anerkenne, und einen Kompetenzkonflikt erhebe, weil das großherzogliche Staatsministerium in zuständiger Weise die Suspension des Sievert ohne Vorbehalt einer Sustentation ausgesprochen habe, und dieser für seine deßfallsige Forderung keinen privatrechtlichen Titel anführen könne. In einem bei diesem Gericht hierauf erstatteten Vortrage wurden folgende Fragen in Erwägung gezogen:

1) Ist durch diesen Erlaß des großherzoglichen Finanzministeriums ein vor die Entscheidung des großherzoglichen Staatsministeriums gehörender Kompetenzkonflikt wirklich erhoben, oder liegt blos eine exceptio fori incompetentis vor?
2) Ist die Behauptung, daß die Gerichte zur Entscheidung der Sache inkompetent seien, wirklich begründet, und deßhalb die Ladung zurückzunehmen, oder nicht?

ad 1) scheint der Fall klar vorzuliegen, in welchem zufolge §. 53 der Pr. Ordn. nicht das Gericht selbst, sondern das großherzogliche Staatsministerium über die Kompetenz zu entscheiden hat, denn es ist eine Verwaltungsstelle, welche die Kompetenz des Hofgerichts bestreitet, und zwar, die Verwaltungsstelle, welcher nach der Natur der Foederung die Entscheidung darüber zukommen muß, wenn sie zur richterlichen Cognition nicht geeignet seyn sollte. Auf den letztern Umstand könnte übrigens nur dann ein Gewicht gelegt werden, wenn man annähme, daß nur da ein wahrer Kompetenzkonflikt sei, wo die denselben erhebende Verwaltungsbehörde die Entscheidung über ein streitiges Recht selbst anspricht, und es scheint wirklich der Wortlaut des §. 53 der Pr. Ordn. für diese Ansicht zu sprechen, allein dann wäre in allen Fällen, wo, wie gerade hier, von einer Verwaltungsbehörde behauptet wird, daß der Gegenstand bereits von der höchsten Staatsbehörde kompetent entschieden sei, die Erhebung eines Konflikts gar nicht möglich; es wäre überhaupt kein Kompetenzkonflikt, wenn eine Verwaltungsbehörde mit einem Gericht lediglich darüber streitet, ob eine Sache sich überhaupt zur richterlichen Erörterung eigne, und dennoch hat die Organisation von 1809, Beil. F. N 38 lit. c, gerade diesen Fall als einen von der Ministerialkonferenz zu entscheidenden Kompetenzstreit bezeichnet, ohne dabei als wesentliches Erforderniß zu dem Begriff des Konflikts anzuführen, daß die Administrativbehörde, welche streitet, zugleich ihre eigene Zuständigkeit zu Entscheidung der Sache behaupte.

Wäre dieses letztere der Sinn des §. 53 der Pr. Ordn., so hätte dieses Gesetz die Kompetenz des großherzoglichen Staatsministeriums in der That von einer äußerst unerheblichen Bedingung abhängig gemacht, während doch sein Zweck war und seyn mußte, in allen Fällen, wo von einer Verwaltungsbehörde, den Gerichten gegenüber, nicht anerkannt ist, daß überhaupt eine Justizsache vorliege, das großherzogliche Staatsministerium zur Entscheidung berufen sei.

Die ratio legis macht die Sache klarer; weil weder den Gerichten über die Verwaltungsbehörden, noch diesen über jene eine Amtsgewalt zusteht, so mußte die Entscheidung solcher Kompetenzbestreitungen einer andern Staatsbehörde übertragen werden, welcher man in dieser Beziehung Amtsgewalt über alle andern Landesbehörden einräumte.

So oft also eine Verwaltungsbehörde, als solche, die Zuständigkeit des Richters bestreitet, ist, dem wesentlichen Erfor-

Digitized by Google

derniſſe nach, ein Kompetenzkonflikt vorhanden, doch kann natürlich der Grundſatz nicht in der Allgemeinheit genommen werden, daß ſchlechthin in jeder vor die Gerichte kommenden Sache jeder Verwaltungsbehörde das Recht zukomme, einen Konflikt zu erheben, und daß alsdann die Kompetenz des großherzoglichen Staatsminiſteriums für deſſen Entſcheidung begründet ſei.

In dieſer Allgemeinheit würde der Grundſatz in allen Rechtsſachen die Wirkſamkeit der Gerichte von dem willkührlichen Einſchreiten jeder Adminiſtrativbehörde und des großherzoglichen Staatsminiſteriums abhängig machen, ſomit gegen den §. 14 der Verfaſſung anſtoßen.

Es muß alſo das Recht der Verwaltungsbehörden, gegen die Kompetenz der Gerichte Einſprache zu machen, auf die Fälle beſchränkt werden, wo ſie in ihrer Eigenſchaft als Verwaltungsbehörden an dem Streit betheiligt ſind, und dieſer Fall tritt nur dann ein, wenn entweder die vor den Gerichten erhobene Klage darauf geht, ſie zu einer Amtsthätigkeit zu zwingen, oder wenn die Einſchreitung des Richters in den Kreis ihrer Amtsthätigkeit beſchränkend eingreift. In beiden Fällen, aber auch nur in ihnen, tritt der oben entwickelte Grund des Geſetzes ein; es iſt die Amtsgewalt des Richters und jene einer Verwaltungsſtelle im Widerſtreit, und da verfaſſungsmäßig keine dieſer Gewalten der andern unterworfen iſt, ſo muß der Streit von einer Behörde entſchieden werden, welche über beiden ſteht.

Der erſte jener Fälle, wo nämlich eine Verwaltungsbehörde durch die Klage zu einer Amtshandlung gezwungen werden ſoll, liegt in jedem Proceß gegen den Fiskus unſtreitig vor, weil er nothwendig immer darauf gerichtet iſt, daß irgend eine Verwaltungsbehörde in ihrer Eigenſchaft als ſolche etwas leiſte. Wenn alſo in einem ſolchen Proceſſe das großherzogliche Finanzminiſterium die Kompetenz der Gerichte überhaupt beſtreitet, ſo iſt damit die Entſcheidung dieſer Vorfrage an das großherzogliche Staatsminiſterium erwachſen.

Dem ſteht es nicht entgegen, daß im §. 14 der Verfaſſungsurkunde und im §. 4 der Pr. Ordn. geſagt iſt, der Fiskus nehme in allen aus privatrechtlichen Verhältniſſen entſpringenden Streitigkeiten Recht vor den Gerichten; denn damit iſt nur ausgeſprochen, daß das ſonſt unter der oben entwickelten Beſchränkung unbedingte Konfliktrecht der Verwaltungsbehörden in Bezug auf die Anſprüche an den Fiskus aufgehoben ſei, von welchen ausgemacht iſt, daß ſie aus privatrechtlichen Verhältniſſen entſpringen. Wenn nun aber dieſe Natur eines beſtimmten Proceſſes nicht anerkannt, vielmehr eben darüber zwiſchen dem großherzoglichen Finanzminiſterium und einem Gericht geſtritten wird, ſo iſt ja der Fall, für welchen allein der §. 14 der Verfaſſungsurkunde das Konfliktrecht der Finanzbehörden aufhebt, nämlich die unbeſtrittene Exiſtenz einer reinen Juſtizſache, nicht vorhanden, die Frage, ob eine Juſtizſache vorliege, iſt hier die Kompetenzfrage ſelbſt, und deren Entſcheidung gehört vor das großherzogliche Staatsminiſterium.

ad 2) Was dagegen die weitere Frage anlangt, ob der formell ſtatthafte Kompetenzkonflikt auch materiell für begründet zu halten, und deßhalb ohne Abwartung einer höchſten Entſcheidung nachzugeben ſei, ſo ſcheint es ganz unzweifelhaft, daß der Kläger ſeinen Anſpruch auf Suſtentation lediglich aus dem privatrechtlichen Verhältniſſe ſeines Dienſtvertrags und aus der Thatſache ableitet, daß von dem kompetenten Kriminalrichter ſeine Beſoldung nicht ſchlechthin, ſondern unter Vorbehalt einer Suſtentation mit Beſchlag belegt wurde.

Der Umſtand, daß auch ein Staatsminiſterialbeſchluß in Mitte liegt, welcher die Beſoldungsſperre unbedingt ausſprach, ändert die privatrechtliche Natur der Klage nicht; der durch ſeinen Dienſtvertrag privatrechtlich verpflichtete Fiskus mag ſich vor dem Richter auf dieſe Thatſache berufen, und daraus im Weg der Einrede ein Erlöſchen ſeiner Vertragsverbindlichkeit folgern, es wird dann an dem Gerichte ſeyn, die Begründung dieſer Einrede in Erwägung zu ziehen; allein der Satz kann nicht anerkannt werden, daß die Kompetenz der Gerichte auch für privatrechtliche Verbindlichkeiten des Fiskus in allen den Fällen aufgehoben ſei, wo das großherzogliche Staatsminiſterium jene privatrechtliche Verbindlichkeit für aufgelöst erklärt hat.

Es muß nämlich zwiſchen der Eigenſchaft des großherzoglichen Staatsminiſteriums, als oberſter Verwaltungsbehörde, und zwiſchen jener als oberſter Gerichtshof für Kompetenzſtreite, wohl unterſchieden werden.

Die Beſchlüſſe, welche es in ſeiner letzten Eigenſchaft faßt, ſind formelles Recht für die Gerichte, und es kömmt denſelben über deren materiellen Werth kein Urtheil zu. Dieſe Beſchlüſſe können dann freilich in Folge irriger Rechtsanſichten die Aufhebung wahrer privatrechtlicher Verbindlichkeiten indirekt wirken, allein ſie thun ſolches nur, weil und in ſo weit ſie formell gültige Ausſprüche des inappellabeln Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte ſind.

Die Beſchlüſſe hingegen, welche das großherzogliche Staatsminiſterium in ſeiner Eigenſchaft als oberſte Adminiſtrativbehörde faßt, haben zwar das mit den Beſchlüſſen der andern Art gemein, daß dem Richter die Gewalt nicht zukömmt, dieſelben aufzuheben oder in ihrer Wirkſamkeit auf direkte Weiſe zu hemmen, ſie haben dieſe Natur gleich den Beſchlüſſen der übrigen Verwaltungsbehörden nur, weil dem Richter keine Amtsgewalt über dieſe zuſteht; dagegen haben ſie, ſo wenig als die Beſchlüſſe aller andern Verwaltungsbehörden, an und für ſich eine bindende Kraft für den Richter, weil dieſer als ſolcher auch keiner Verwaltungsbehörde unter-

Digitized by Google

steht, sondern, zufolge des §. 14 der Verfassungsurkunde, mit alleiniger Ausnahme der Kompetenzkonflikte, unabhängig ist.

Wenn demnach in einem Streit über privatrechtliche Verhältnisse von einem Theile ein solchee Staatsministerialbeschluß angeführt wird, so kömmt es dem Richter vermöge seiner Unabhängigkeit zu, denselben gerade so, wie jede andere von den Theilen angeführte Thatsache, nach seinem rechtlichen Werth an und für sich, und nach seinem Einfluß auf die zu entscheidende Rechtssache, zu prüfen. Die Sache selbst wird aber dadurch noch keineswegs, sondern erst damit zu einer dem Richter entzogenen Verwaltungssache, wenn das großherzogliche Staatsministerium solches in seiner Eigenschaft als Kompetenzrichter ausdrücklich erklärt.

Es würde also in unserm Falle namentlich der Richter seiner Zeit darüber Erörterung zu machen haben, ob und unter welchen Bedingungen die oberste Verwaltungsbehörde das Recht habe, die dem Staat aus dem Dienstvertrag erwachsenen privatrechtlichen Verbindlichkeiten gegen einen Diener einseitig aufzulösen, ob der vorliegende Staatsministerialbeschluß, welcher den Dienstgehalt des Klägers aufhob, unter den gesetzlichen Bestimmungen zu Stande kam, und demnach die Befreiung des Staats von seiner Vertragsverbindlichkeit wirkte?

Berechtigt und verpflichtet zu diesen Erörterungen ist der Richter bei der Entscheidung eines Rechtsstreits eben so gewiß, als er berechtigt ist, zu untersuchen, ob ein seiner Entscheidung zu Grund zu legender Vertrag, unter Beobachtung der civilrechtlichen Bedingungen, ob eine einschlägige Regierungsverordnung unter den die Gesetzeskraft bedingenden verfassungsmäßigen Erfordernissen zu Stande kam.

Freilich ist es am Ende aller Erörterungen das großherzogliche Staatsministerium, welches in der Eigenschaft eines inappellabeln Gerichtshofs ausspricht, die Gerichte seien nicht kompetent, und dadurch seinen frühern, wenn auch inkompetent erlassenen Verfügungen die praktische Gültigkeit sichert; allein daraus folgt keineswegs die Unwahrheit des Gesagten und die Unstatthaftigkeit einer Unterscheidung der zweifachen Eigenschaft des großherzoglichen Staatsministeriums, sondern es beweist dies nur die vielseitig anerkannte Mangelhaftigkeit einer Einrichtung, wornach über den Kompetenzstreit unter Verwaltungsbehörden und Gerichten nicht ein unabhängig zwischen beide gestellter eigener Gerichtshof, sondern die in Streit selbst mehr oder weniger als Theil erscheinende oberste Verwaltungsbehörde entscheidet.

Aus diesen Gründen und aus dem weitern, daß die Frage, ob ein Diener, welcher vom Gehalt suspendirt ist, einen privatrechtlichen Anspruch auf einen Sustentationsgehalt habe, unabhängig von der Frage, ob das großherzogliche Staatsministerium gegen einen in Kriminaluntersuchung verfallenen Diener Gehaltssperre zu verfügen befugt sei, entschieden werden könne, entschied sich das Gericht gegen die materielle Begründung des erhobenen Konflikts, und auch die Entscheidung des großherzoglichen Staatsministeriums gieng dahin.

Trefurt.

III.

Wird zur Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld Irthum erfordert, und welcher?

(Vergleiche Annalen I 37, II 1, III 100.)

1) Der französische Text des Art. 1376 „qui reçoit par erreur ou sciemment, ce qui ne lui est pas dû," in Verbindung mit der ganz unbedingten Fassung des Art. 1235, schien Zweifel zu lassen, ob der Grundsatz des römischen Rechts „qui sciens indebitum solvit, donasse videtur" noch gelte, oder ob nach dem Code die Rückforderung einer Nichtschuld ohne alle Rücksicht auf Irrthum Statt habe; und dies veranlaßte, wie es scheint, (vergl. Brauer VI. 766) die Redaction des badischen Landrechts, zu der abweichenden Fassung des Art. 1376:

> „Wer wissentlich oder aus Irrthum etwas annimmt, das ihm als Zahlung auf eine *vermeinte*, aber nicht vorhandene Forderung gegeben wurde ꝛc."

Inzwischen besteht auch unter den französischen Juristen, in Anbetracht der Bestimmung des Art. 1377 §. 1, kein Zweifel an der Nothwendigkeit des Irrthums für die Begründung der Condictio indebiti, die badische Fassung des Art. 1376 erzeugt also in der That keine Abweichung.

2) Anders verhält es sich mit der Frage, ob nur ein Irrthum über Thatsachen, oder ob auch der über das Recht die Rückforderung begründe?

Die bewährtesten französischen Comentatoren, Merlin, Delvincourt, Toullier ꝛc. ꝛc. sind der Ansicht, daß die Unterscheidung zwischen Thatsächlichem und Rechtsirrthum, welche das Gesetz nicht macht, wie bei Verträgen, so auch bei dem Quasikontrakt der bezahlten Nichtschuld, nicht gemacht werden dürfe, daß vielmehr diese Unterscheidung auf die Fälle, in welchen sie das Gesetz ausdrücklich mache (Art. 1356 und 2052), zu beschränken, und daß gerade in diesen Ausnahmsbestimmungen eine Bestätigung der in den Artikeln 1109, 1110 und 1377 ganz unbedingt aufgestellten Regel zu finden sei.

Auch Zachariä, welcher in der zweiten Auflage seines Handbuchs (§. 12) der entgegengesetzten Ansicht war, ist in der dritten Auflage (§. 28) dieser Meinung beigetreten, und es spricht auch für dieselbe außer den besonders von Toullier

Digitized by Google

VI. Nr. 75 und XI. Nr. 63 ausführlich entwickelten Gründen, noch das:

Der Code setzt zwar im Art. 1 eine præsumtio juris dahin fest, daß gehörig promulgirte Gesetze unter den dort bestimmten Voraussetzungen als bekannt angenommen werden, allein da er weder den Gegenbeweis dieser Präsumtion ausschließt, noch im Allgemeinen die Folge der Richtigkeit oder Unklagbarkeit an die Existenz dieser Präsumtion knüpft, vielmehr solches nur für die besondern Fälle der Artikel 1356 und 2052 thut, so ist, außer diesen beiden Fällen, die im Art. 1 festgesetzte Vermuthung nach Art. 1352 keine den Gegenbeweis ausschließende, keine præsumtio juris et de jure, und der Beweis der Unwissenheit oder des Irrthums im Recht muß mit der Wirkung dagegen zugelassen werden, welche die Gesetze überhaupt an den Irrthum knüpfen.

Dieser, mit dem strengen Recht eben so sehr, als mit der Billigkeit harmonirenden, Theorie mag auch nicht entgegengehalten werden, daß überall da, wo das Recht unter den Lehrern selbst streitig ist, ein Beweis des Rechtsirrthums nicht möglich sei, weil erst dadurch, daß das kompetente Gericht für den einzelnen Fall rechtskräftig entscheidet, das konkrete Recht gewiß werde, das abstrakte Recht dagegen immer ungewiß bleibe, und daß dort, wo das abstrakte Recht ganz unzweifelhaft ist, dessen Nichtwissen immer auf eine Negligentio des Irrenden sich reduciren lasse, Niemand aber seine eigene culpa für sich anführen könne.

Denn gerade da, wo das Recht in abstracto durch die Bemühungen der Doktrin ungewiß geworden ist, kann es dem Einzelnen vernünftigerweise nicht imputirt werden, wenn er sich nicht im Besitz einer überall nicht existirenden Rechtsgewißheit befindet. Ad imposibilia nemo tenetur. Aber auch da, wo das Recht in thesi nicht zweifelhaft ist, kann man nicht schlechthin immer ein Verschulden des Irrenden annehmen.

Eine physische oder moralische Unfähigkeit des Selbstwissens, eine aus falscher Belehrung oder andern noch mehr nöthigenden Umständen erwachsende Verhinderung der richtigen Information kann den Rechtsirrthum auch hier höchst entschuldbar machen.

Eine ganz andere Gestalt gewinnt dagegen die Lehre für Baden durch L.R.S. 1 b, welchen Brauer unzweifelhaft in der Absicht beifügte, die römischen Grundsätze über die rechtlichen Folgen der ingnorantia juris an Strenge noch zu überbieten (vergl. Brauers Erläuterungen I. 22) und so wenig man auch der in seiner Erläuterung zu diesem Artikel versuchten Ausführung der Unvermeidlichkeit dieser Härte beistimmen kann, so muß man eben doch, wenn gleich mit widerstrebendem Gefühle, zugestehen, daß in den Worten des Zusatzes die in der Erläuterung angegebene Absicht des Redacteurs hinlänglich ausgedrückt ist, und daß darnach für Baden der exorbitant harte Grundsatz gilt, daß nur der Irrthum über Thatsachen, nicht aber der über das Recht, die Anfechtung von Verträgen und vertragsähnlichen Verpflichtungen begründet.

Wenn nämlich, wie wir eben gesehen haben, der Art. 1 eine einfache gesetzliche Vermuthung für die Bekanntschaft der Staatsbürger mit den promulgirten Gesetzen ausspricht, so erhebt der L.R.S. 1 b diese Vermuthung zu einer præsumtio juris et de jure, indem er festsetzt, daß ingnorantia oder error juris sowohl bei Gewinn als bei Verlust schade.

Es ist nämlich hiermit ganz allgemein jedem Rechtsanspruche, welcher auf die, der gesetzlichen Präsumtion widerstreitende, Thatsache (nämlich die ingnorantio juris) gegründet werden wollte, die Klagbarkeit entzogen, damit also nach der Bestimmung des Art. 1352 der Beweis gegen die gesetzliche Vermuthung des Art. 1 ganz allgemein ausgeschlossen.

Es ergibt sich hieraus für Baden der in der That auffallende Satz, daß durch ein Diktat des Gesetzes aller Rechtsirrthum aus unserem Vertragsrechte verbannt ist. Das Gesetz erklärt den Rechtsirrthum im Civilrecht für unmöglich, und läßt deßhalb keinen Beweis darüber zu.

Wenn man den L.R.S. 1 b in dieser vollen Härte auffaßt, dann verschwindet der in den Annalen II. 1 gerügte Widerspruch zwischen demselben und L.R.S. 1235 und 1376, wie auch der mit L.R.S. 1109 und 1110. Denn wenn vermöge gesetzlicher Fiktion ein Rechtsirrthum rechtlich unmöglich ist, so kann dasselbe Gesetz, wenn es von einem Irrthum schlechtweg spricht, darunter nur einen Irrthum in Thatsachen, und nie einen Rechtsirrthum verstehen. Eben deßhalb ist es unnöthig, sogar unstatthaft, daß das Gesetz in der Lehre vom Irrthum bei Kontrakten und Quasikontrakten zwischen faktischem und rechtlichem Irrthum unterscheide, und hinsichtlich beider Bestimmung gebe; denn über etwas, dessen Nichtseyn gewiß ist, bedarf es keiner Bestimmung.

Der einzige Mißstand ist, daß unsere Gesetzgebung dennoch die Art. 1356 und 2052, in welchen vom Rechtsirrthum die Rede ist, unverändert ließ, dies rührt jedoch davon her, daß Brauer, wie er in seinen Erläuterungen weitläufig berichtet, der Meinung war, daß schon nach dem französischem Recht der von ihm im Zusatz 1 a aufgestellte Grundsatz im Allgemeinen gelte, und daß die Bestimmungen der genannten Artikel nur spezielle Bestätigungen jenes allgemeinen Grundsatzes seien, wofür solche auch Zachariä noch in seiner zweiten Auflage §. 12 angesehen hat.

Trefurt.

Digitized by Google

IV.

Bemerkungen zu dem Rechtsfall in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern 1835, III. Heft S. 196, als Erläuterung des §. 685 Nr. 1 der Pr. Ordn.

Nach der Entscheidung des obigen Rechtsfalls ward eine zu Pfandbuch eingetragene Forderung als vorzugslos in fünfte Klasse gesetzt, weil sich ein früheres Arrestdekret auf die dem Pfandrecht verfangenen Liegenschaften vorfand, und weil man annahm, daß es die rechtliche Natur eines Realarrestdekrets mit sich bringe, daß das Arrestobject während der Dauer des Arrestes in dem Zustande, in dem es sich zur Zeit der Arrestanlegung befunden, erhalten werden müsse, also nicht veräußert, noch mit neuen Unterpfandslasten beschwert werden dürfe.

In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntniß wird nun die Sache so hingestellt, als ob sich die Entscheidung des Falls auch unter der Herrschaft der neuen Proceßordnung rechtfertigen lasse, allein dagegen ist denn doch zur Wahrung der zu Unterpfandsbuch eingetragenen Forderungen, gegenüber einem bloßen richterlichen Arrestdecret, zu bemerken, daß nach §. 685 Nr. 1 der Pr. Ordn. *) die Anlegung des Arrestes durch Eintragung des Arrestdecrets in das Grundbuch vollzogen wird, und daß, bei Mangel dieses vom Arrestkläger zu besorgenden Eintrags, nach Analogie des S. 1583a, 2181, 2181a, §. 25 des zweiten Einführungsedikts, die unterdessen geschehenen Unterpfandsbestellungen gegen den Arrestkläger allerdings wirksam sind. Dieser Beschränkung unterliegt daher jedenfalls die ergangene Entscheidung, indem die geschehene Eintragung des Arrestdecrets in das Grundbuch nirgends ersichtlich war, vielmehr solche deßhalb nicht zu geschehen seyn scheint, weil nur eines amtlichen, an das Orts- und Pfandgericht ergangenen Befehls erwähnt wird, keine Veräußerung der arrestirten Güter zuzulassen. Dies ist aber nichts anders, als gerade das Arrestdecret selbst, welches als solches in das Grundbuch hätte eingetragen werden sollen.

Aber auch abgesehen von dieser Vorschrift der Proceßordnung, und ausgegangen von den Thatsachen des Rechtsfalls, wo das Arrestdecret und die für unwirksam erklärte Unterpfandsforderung vor der neuen Proceßordnung entstanden sind, so bezweifle ich doch die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung. Der §. 685 Nr. 1 der Pr. Ordn. schafft in seiner Vorschrift keineswegs ein neues Recht, sondern ist nichts anderes als die Anerkennung des seitherigen Rechtszustandes hinsichtlich der an Liegenschaften gegen Dritte zu erwerbenden und zu bewahrenden Rechte, daß solche nämlich zu Grundbuch eingetragen werden müssen, um ihre Wirksamkeit gegen Dritte äußern zu können. Mit oder ohne §. 685 Nr. 1 der Pr. Ordn. mußte nach den bei uns seit Einführung des Landrechts nach S. 1383a, 2181, 2181a, §. 25 des zweiten Einführungsedikts, das Arrestdecret in das Grundbuch eingetragen werden, wenn es nachherige Unterpfandsbestellungen rechtsgültig verhindern wollte, und alles, was man von der rechtlichen Natur des Arrestes dagegen aus Lehren des gemeinen Rechts und des gemeinen Processes anführen wollte, ist eben durch die durchgreifenden gesetzlichen Vorschriften über Eintragung der Rechte an Liegenschaften in das Grundbuch widerlegt, abgeändert, aufgehoben, indem Arrestbefehle nirgends von dieser Nothwendigkeit der Eintragung ausgenommen sind. Deßhalb erscheint auch unter der Herrschaft des alten Proceßrechts die mitgetheilte Entscheidung als unrichtig, und nur noch das ist in Beziehung auf die hier vorliegende Frage zu bemerken, daß der Arrest auch noch dadurch gegen Dritte wird erhalten werden können, wenn man das Arresterkenntniß in das Unterpfandsbuch eintragen läßt. Ein solches Erkenntniß ist das im S. 2123 erwähnte fürsorgliche Erkenntniß, welches dann für sich richterliches Unterpfandsrecht ertheilt, und damit alsdann die gleiche Folge hat, daß es spätern Unterpfandsbestellungen vorgeht.

Sander.

*) Man vergleiche damit auch noch den §. 237 Nr. 6b, welcher, so wie der §. 685 Nr. 1, nur eine Folge der durch den §. 25 des zweiten Einführungsedikts festgestellten Publizität der dinglichen Rechte an Liegenschaften ist.

D. R.

V.

Hofgericht am Unterrhein.

Steht dem Cessionär gegen den Schuldner ein Klagrecht zu, auch wenn diesem die Rechtsübertragung vorher weder verkündet, noch solche von ihm angenommen worden ist?

Kotzau gegen Will.

In der Einlassung auf die von dem angeblichen Cessionar erhobene Klage, worin die Heimzahlung eines Darlehens von 324 fl. nebst Zinsen gefordert war, hatte der Beklagte nicht nur die behauptete Rechtsübertragung an den Kläger widersprochen, sondern auch in Abrede gestellt, daß ihm solche verkündet oder von ihm angenommen worden sei, und demnach gebeten, den unbefugten Kläger lediglich abzuweisen.

Digitized by Google

Weil letzterer den ihm auferlegten Beweis: daß er Eigenthümer der eingeklagten Forderung geworden sei — nicht erbringen konnte, so wurde er durch unterrichterlichen Bescheid mit der Klage abgewiesen.

Obgleich der Kläger den Beweis der Cession in der Appellationsinstanz vollständig geliefert hat, so ward dessen ungeachtet durch hofgerichtliches Urtheil vom 20. Februar d. J. erkannt:

„daß die Klage noch zur Zeit abzuweisen sei."

Entscheidungsgründe.

J. E., daß dem Appellanten der Einwand entgegengehalten wurde, daß er den Besitz der eingeklagten Forderung dem Beklagten gegenüber noch nicht erlangt hätte, weil weder eine feierliche Bekanntmachung der Uebertragung an ihn, noch eine beweisende Urkunde der Annahme von seiner Seite vorliege;

J. E., daß dieser Einwand gegründet ist, da unter den dritten Personen, von welchen der L.R.S. 1690 spricht, auch der Schuldner zu verstehen und daher die Bedingung, unter welcher der Kläger ihm gegenüber allein ein Klagrecht aus der Rechtsübertragung erhalten konnte, zur Zeit noch nicht erfüllt ist;

J. E., daß die Bekanntmachung der Rechtsübertragung durch die Erhebung der Klage selbst die vorgeschriebene feierliche Bekanntmachung nicht ersetzen kann;

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Anmerkung. Nach der Fassung des L.R.S. 1690 könnte es den Anschein gewinnen, daß der Schuldner unter den dritten Personen nicht begriffen, sondern denselben gerade entgegengesetzt sei, weil es nicht heißt: der Besitz gegen dritte Personen und gegen den Schuldner erlangt ꝛc. ꝛc.; allein der L.R.S. 1689 läßt es nicht zweifelhaft, daß der Schuldner, dem Rechtsgeber und Rechtsnehmer gegenüber, allerdings unter die dritten Personen gehört, denn vor der Hand gilt der Rechtsübertrag nur zwischen dem Cedenten und dem Cessionar (L.R.S. 1134), in Bezug auf den Schuldner bleibt er res inter tertios acta (L.R.S. 1165), bis dem L.R.S. 1690 Genüge geschehen ist. Ueberdies sprechen die L.R.Sätze 1235 und 1691 dieser Auslegung das Wort. Man vergleiche auch Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, III. Auflage II. Bd. §. 339.

Die nämliche Ansicht wurde in mehreren Urtheilen des königl. baierischen Appellationsgerichts zu Zweibrücken ausgesprochen. Hilgard, Annalen der Rechtspflege in Rheinbaiern, I. Bd. S. 146, 200. II. Bd. S. 138, 147, 156.

Bayer.

VI.

Aus dem Unterrheinkreise.

Curiosum.

Stettheimer gegen Schanzenbach.

Auf den schriftlich gestellten Antrag des Klägers, den Beklagten entweder zur Zahlung der versprochenen Makelgebühr anzuhalten, oder zu seiner Vernehmlassung zu veranlassen, erließ das Bezirksamt unterm 17. Februar 1835 einen bedingten Zahlungsbefehl an den Beklagten, welcher hierauf der Anforderung einen allgemeinen Widerspruch entgegensetzte und Einreden anmeldete mit der Bitte, den Kläger hievon, unter Bezug auf §. 724 der Pr. Ordn., zur weiteren Maßnahme zu verständigen, und denselben, als Ausländer, zur Stellung einer Kaution für die Proceßkosten anzuweisen.

Beschluß:

Citentur beide Theile auf Mittwoch den ꝛc. ꝛc.

In der angeordneten Tagfahrt erklärte der Kläger auf die ihm gemachte Eröffnung (sic!):

„Ich deferire dem Beklagten den Eid dahin: ob er mir nicht 25 Karolin versprochen, wenn der Verkauf seines Hauses zu Stand käme, was denn auch wirklich geschehen ist."

„Beklagter erklärt dagegen: ich lasse mich auf die Eideszuschiebung nicht ein, bis Kläger Kaution dahier geleistet hat."

„Kläger erklärt: ich bin bereit, die Kosten auf der Stelle zu deponiren."

„Man bestimmte den Betrag auf 10 fl., welche der Kläger auf der Stelle deponirte."

„Beklagter erklärt: ich gebe dem ohnerachtet keine Erklärung ab."

Beschluß:

Wird Beklagter unter Verurtheilung in die Kosten für schuldig erkannt, die eingeklagten 275 fl. binnen weitern vierzehn Tagen, bei Vermeidung der Pfändung, zu bezahlen.

Entscheidungsgründe.

„Der Kläger verlangt von dem Beklagten 275 fl. blos auf den Grund, weil er ihm dieselben versprochen habe. Beklagter ließ sich auf die Klage nicht ein, sondern verlangte vordersamst Kaution, welche er auf 150 fl. bestimmte. Zur mündlichen Verhandlung darüber sowohl, als über die Hauptsache, wurde Tagfahrt anberaumt; die Kaution wurde auf 10 fl. bestimmt, was nach §. 177 der Pr. Ordn überflüssig genug für die Kosten der unteren Instanz beim mündlichen Verfahren, welches nach §. 216 beim Unterrichter die Regel seyn soll, und durch eine besondere Ordnung noch eingeschärft ist. Da aber Beklagter jede Einlassung verweigerte, so muß die Klage, nachdem die Kaution geleistet war, als zugestanden betrachtet, und der Beklagte zur Bezahlung des Betrags verurtheilt werden. Doch glauben wir es nicht als Präklusiverkenntniß betrachten zu können, da wenigstens eine dilatorische Einrede vorgebracht war."

Risum teneatis amici!

Bayer.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 23. Karlsruhe den 4. Juni 1836.

I.

Ministerium des Innern.

Ueber die Wiederverehelichung geschiedener Ehegatten.

Auf die wegen harter Mißhandlung erhobene Ehescheidungsklage der M. B. zu W. gegen ihren Ehemann H. O. daselbst erkannte das Oberhofgericht, nachdem vorher das Hofgericht am Unterrhein die Klage verworfen hatte, unterm 1. Dezember 1834 im Rekurswege zu Recht:

„daß die Trennung der zwischen den H. O. Eheleuten bestehenden Ehe, wegen harter Mißhandlung der Ehefrau, von Seiten ihres Ehemanns, für zulässig zu erklären, der geschiedenen Ehefrau, als unschuldigem Theil, nach gesuchter und vorgelegter kirchlicher Vergönnung, dem Ehemann aber als schuldigem Theil nur im Falle erlangter und vorgelegter Nachsicht anderweit zu heirathen erlaubt, und Beklagter in sämmtliche, durch diese Ehescheidung veranlaßte, Kosten beider Instanzen zu verfällen sei."

Der als schuldiger Theil geschiedene Ehemann wollte sich nun wieder verehelichen, und bat zu diesem Zwecke um Ertheilung der im Urtheil vorbehaltenen Nachsicht, indem er nach §. 47 d der Ehevrdnung ein pfarramtliches Zeugniß beibrachte,

„daß allen einlaufenden Umständen nach es kirchlich unbedenklich und billig erscheine, ihm eine andere Heirath zu erlauben."

Durch Beschluß der Regierung des Unterrheinkreises vom 17. Februar 1836 wurde ihm sodann die gebetene Nachsicht und Heirathserlaubniß ertheilt, wogegen seine geschiedene, noch nicht wieder verehelichte, erste Ehefrau, als sie durch die pfarramtliche Proklamation davon Kenntniß erhielt, den Rekurs an das Ministerium des Innern ergriff, da eine Nachsichtsertheilung zur Wiederverehelichung für den als schuldigen Theil geschiedenen Ehegatten, so lang der unschuldige Theil sich nicht wieder verehelichte, nach §. 47 d der Ehevrdnung erst nach Umfluß von drei Jahren zulässig sei.

Die Kreisregierung erklärte dagegen den §. 47 d der Ehevrdnung dahin, daß die Obrepolizeibehörde dem schuldig geschiedenen Ehegatten auch vor Ablauf von drei Jahren die Vergünstigung zur Wiederverehelichung ertheilen könne, wenn er von seiner Kirchenbehörde die Urkunde beibringe, daß allen Umständen nach es kirchlich unbedenklich und billig erscheine, ihm eine anderweite Heirath zu erlauben.

Bei dem Ministerium des Innern wurde die Ansicht geltend gemacht, daß der §. 47 der Ehevrdnung, in Bezug auf die Wiedervereinigung geschiedener Ehegatten, unter sich und in Bezug auf ihre Wiederverehelichung mit Dritten durch das neue Landrecht, welches auch den von der Ehevrdnung angenommenen Unterschied zwischen beschränkter und unbeschränkter Auflösung einer Ehe nicht kenne, aufgehoben sei, der im oberhofgerichtlichen Urtheil vom 1. Dez. 1834 enthaltene Vorbehalt einer Nachsichtsertheilung für den schuldigen Theil also auf keiner gesetzlichen Grundlage beruhe.

Das Ministerium des Innern trat daher mit dem Justizministerium hierüber in Kommunikation und verfügte sodann im Einverständniß mit dem Letztern unterm 18. April 1836 Nr. 3676 Folgendes:

„Die Bestimmungen des §. 47 der Ehevrdnung, so weit sie das Recht der Wiederverehelichung eines geschiedenen Ehegatten betreffen, müssen durch die L.R.Sätze 295 — 98 als aufgehoben betrachtet werden, indem letztere über das Recht der Wiederverehelichung bestimmte Vorschriften geben, dadurch also dieses Recht, so weit sie es nicht beschränken, eben damit einräumen.

Insbesondere kann von der im §. 47 c der Ehevrdnung nicht blos gestatteten, sondern ausdrücklich bezweckten Wiedervereinigung geschiedener Eheleute nach L.R.S. 295 schlechthin keine Rede mehr seyn, und damit fällt auch die deßfallsige Voraussetzung des §. 47 d weg. Dagegen muß die Wiederverehelichung geschiedener Ehegatten mit Dritten, da die L.R.Sätze 297 und 298 sie nur hinsichtlich der Scheidungen auf wechselseitige Einwilligung, oder wegen Ehebruchs, und der S. 296 bei andern Scheidungen sie nur in Bezug auf

Digitized by Google

die geschiedene Ehefrau vorübergehend beschränken, in allen andern Fällen unbeschränkt seyn, wobei es sich übrigens von selbst versteht, daß die dem Landrecht nicht angehörigen etwaigen kirchlichen Hindernisse vorbehalten bleiben.

Hiernach bedarf es im vorliegenden Falle gesetzlich keiner Nachsichtsbewilligung im Sinne des gedachten §. 47 der Eheordnung. Sofern aber nichts desto weniger eine solche in dem gegen den Petenten ergangenen oberhofgerichtlichen Scheidungsurtheile vom 9. Dezember 1834 Nr. 5405 Plen. für denselben, als den schuldig erkannten Theil ausdrücklich vorbehalten, und deßhalb die gebetene Nachsicht durch Erkenntniß der Kreisregierung vom 17. Februar d. J. Nr. 131 zu allem Ueberflusse noch ertheilt wurde, stellt sich der von der geschiedenen ersten Ehefrau hiegegen ergriffene Rekurs als ungegründet dar, und dieser Rekurs wird somit, unter Verfällung der Rekurrentin in die hierdurch verursachten Kosten, verworfen."

In Folge dieser, auf Kommunikation mit dem Justizministerium vom Ministerium des Innern erlassenen, Verfügung eröffnete sofort das Justizministerium unterm 10. Mai 1836 Nr. 2330 dem Oberhofgericht und den vier Hofgerichten,

„daß sie in den künftig von ihnen ausgehenden Ehescheidungsurtheilen des Vorbehalts der Nachsichtsbewilligung zur Wiederverehelichung keine Erwähnung mehr zu thun haben."

Bekk.

II.

Erörterung, veranlaßt durch die Redactionsnote zu Nr. 15, Aufsatz I, der diesjährigen Annalen, Kompetenzfrage betreffend.

Mit den Rechtssätzen, welche die Redaction ihrer Ausführung unter Ziffer I zu Grund legt, will ich mich einstweilen im Wesentlichen einverstanden erklären.

Ein Vertrag des Staats mit einem Privaten bildet nur in sofern ein privatrechtliches Verhältniß, als der Vertragsgegenstand ein privatrechtlicher ist, d. h. als der Gegenstand nicht ein aus staatsrechtlichen Gründen dem Privatverkehr entzogenes Recht, ein sogenanntes höheres oder unverleihbares Hoheitsrecht, ist *).

Wenn nun der hier vorliegende Vertrag ein solches unverleihbares Hoheitsrecht, nämlich die Forstpolizei an den Standesherrn übertragen hätte, und wenn die Klage auf Belassung des Standesherrn in der Verwaltung der Forstpolizei gerichtet wäre, so müßte unstreitig die Inkompetenz der Gerichte ausgesprochen werden; allein dieses, von der Redaction unterstellte, thatsächliche Verhältniß liegt doch wohl nicht vor, vielmehr war, wie die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe unter Ziffer 1 anführen, durch das Edikt vom 14. Mai 1813 dem Standesherr die Forstpolizei und ihren Dienern der in dieser Beziehung geleistete Eid abgenommen worden, und nirgends in seiner Klage hat der Standesherr behauptet, daß ihm diese Polizei wieder übertragen worden sei, er hat, wie die Entscheidungsgründe unter Ziffer 2 — 4 enthalten, nur angeführt, daß der Staat den standesherrlichen Förstern die Mitversehung der Forstpolizei, und zwar nicht unter Aufsicht oder Verantwortlichkeit des Standesherrn, sondern unter jener der großherzoglichen Forstämter einstweilen überlassen, und dabei für die Dauer dieses provisorischen Zustandes dem Standesherrn jährlich 5500 fl. zu Bestreitung der Försterbesoldungen beizutragen versprochen habe **). Die Bitte der Klage endlich ist, wie die Entscheidungsgründe im Eingange enthalten, keineswegs auf Fortdauer des provisorischen Zustandes, in welchem die standesherrlichen Förster nebenher die landesherrliche Forstpolizei mit versehen, sondern darauf gerichtet, daß, in so lange als dieser Zustand dauert ***) auch der stipulirte Besoldungsbeitrag mit jährlich 5500 fl. geleistet werde.

*) Ich darf wohl annehmen, daß die Redaction die in ihrem Grundsatz gebrauchten Worte „privatrechtlicher Gegenstand" auch in dieser Bedeutung gebraucht hat, so daß darunter die verleihbaren Hoheitsrechte mit begriffen sind, übrigens kommt es hierauf nicht an, auch kann ich eine nähere Begründung des Grundsatzes um so füglicher umgehen, da er von meiner Seite nicht aufgestellt, sondern nur zugestanden wird, und da es sich überall nicht von Uebertragung eines Hoheitsrechts an den Standesherrn, sondern um die Leistung eines Beitrags zu den Besoldungen der Förster des Standesherrn, in so weit solche zugleich Staatsdiener sind, handelt. Tr.

**) Wenn der Vertrag dahin geht, daß die Standesherrschaft durch ihre Förster die dem Staate obliegende Forstpolizei (unter Aufsicht der höhern landesherrlichen Forstbehörden) gegen Empfang der Aversalsumme von 5500 fl. zu verwalten habe, so ist immerhin die Verwaltung der Forstpolizei der Gegenstand des Vertrags. D. R.

***) Nach dem Inhalt der Entscheidungsgründe scheint die Klage nicht dahin zu gehen, daß der Staat die 5500 fl. so lang fort entrichte, bis er das Provisorium von 1814 aufgehoben, beziehungsweise über die Verwaltung der Forstpolizei eine andere Bestimmung getroffen haben werde, sondern dahin, daß der Staat die 5500 fl. bis zum Zustandekommen der im Jahre 1814 vorbehaltenen „nähern Ausgleichung und Abrechnung" fortbezahle, also auch, daß er das Provisorium von 1814 bis zum definitiven Vollzug des Edikts vom 14. Mai 1833 fortbestehen lasse. D. R.

Digitized by Google

Es scheint mir also gerade der Fall vorzuliegen, dessen Nichtvorhandenseyn die Redaktion auf Seite 87 in fine annahm, und von welchem sie dort selbst sagt, daß wenn er vorhanden wäre, der Vertragsgegenstand wohl eben so privatrechtlich seyn würde, wie wenn der Staat zu Bestreitung öffentlicher Bedürfnisse Lieferungsverträge oder Anlehen abschließt. Trefurt.

III.

Kompetenzkonflikt.

In Bezug auf den in Nr. 15 der Annalen des laufenden Jahrs erörterten Kompetenzkonflikt zwischen dem Oberhofgericht und dem Finanzministerium theilen wir die nachstehende Entscheidung dieses Konflikts mit:

Justizministerium.

Karlsruhe, den 29. April 1836.

Höchste Entschließung aus großherzoglichem Staatsministerium vom 20. d. M. Nr. 690, wodurch diesseitigem Ministerium auf den Beivortrag vom 25. v. M. Nr. 1603 zu jenem des Finanzministerums vom 20. Februar d. J. Nr. 1450 — 51, in Sachen des Herrn Fürsten von Leiningen gegen den großherzoglichen Fiskus, Vorenthaltung von 5500 fl. jährlichen Beitrags zu den Beförsterungskosten betreffend, zu erkennen gegeben wird: Es sei, aus den jenem Beivortrag entwickelten Gründen, nach seinem mit jenem des Finanzministeriums übereinstimmenden Antrage die in dieser Sache von dem Oberhofgericht erkannte Ladung, als inkompetent erlassen, wieder aufzuheben.

Beschluß:

„Hiervon das großhrrzogliche Oberhofgericht unter Rücksendung der mit Bericht vom 26. Januar d. J. Nr. 408—9 vorgelegten Akten zur weitern Verfügung zu benachrichtigen, und dabei in Beziehung auf die in dem Eingangs erwähnten diesseitigen Beivortrag vom 25. März d. J. Nr. 1603 entwickelten Gründe zu bemerken:

„Das landesherrliche Edikt vom 14. Mai 1813 (Regierungsblatt Nr. 15 S. 87) hob alle Arten von Patrimonialgerichtsbarkeit und so unter Andern auch die der fürstlichen Standesherrschaft Leiningen zugestandene Forstgerichtsbarkeit auf. Die fürstliche Standesherrschaft verwaltete dieselbe nunmehr im Namen und Auftrag des Staats, und das Finanzministerium verwilligte ihr zu dem Ende einen jährlichen Beitrag von 5500 fl. zu den Beförsterungskosten (Finanzministerialverfügung vom 13. Dezember 1814 Nr. 12343).“

„Dieses Verhältniß dauerte bis zum Dezember 1834, wo der Beitrag, in Betracht, daß der §. 19 der landesherrlichen Verordnung vom 22. Mai 1833 (Regierungsblatt Nr. 25 S. 135) die Forstgerichtsbarkeit an die Standesherrschaft zurückgegeben hatte, von dem Finanzministerium sistirt wurde (Finanzministerialverfügung vom 8. Dezember 1834 Nr. 8837).“

„Die fürstliche Standesherrschaft verlangt nun nichts destoweniger die Fortentrichtung des fraglichen Beitrags und hat zu dem Ende den Rechtsweg betreten. Sie stützt ihre Klage auf zwei Momente, theils nämlich darauf, daß die Verbindlichkeit des Staats zur Leistung des Beitrags auf einem Vertrage beruhe, theils auf den weitern Umstand, daß die landesherrliche Verordnung vom 22. Mai 1833 wegen Reclamationen, die gegen dieselbe anhängig geworden, bis jetzt nicht zum Vollzug gekommen, resp. nicht in Wirksamkeit getreten sei.“

„Allein, von dem Grundsatz ausgehend, daß über die Eigenschaft eines Rechtsgeschäftes die Form, in welcher dasselbe abgeschlossen worden, für sich allein nicht entscheiden kann, daß dasselbe vielmehr nur in der Voraussetzung, daß es sich durch den Gegenstand, über welchen kontrahirt wurde, als ein privatrechtliches charakterisire, die Eigenschaft einer Justizsache annimmt, und erwägend, daß namentlich der, nach der Behauptung der fürstlichen Standesherrschaft, vorliegenden Falls zu Stand gekommene Vertrag in der That kein privatrechtliches, sondern ein öffentliches Verhältniß, beziehungsweise die Verwaltung der Forstgerichtsbarkeit zum Gegenstande hatte, daß ferner der Betrag von jährlichen 5500 fl. als Gegenleistung in unzertrennlicher Verbindung mit demselben steht, und daß endlich die Frage über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs auf Fortentrichtung dieses Beitrags durch die weitere Frage über die Wirksamkeit der landesherrlichen Verordnung vom 22. Mai 1833, beziehungsweise des §. 19 derselben, so wesentlich bedingt erscheint, daß dieselbe, ohne direkt oder indirekt zugleich über die letztere Frage zu entscheiden, und damit in das Gebiet des öffentlichen Rechts einzugreifen, von den Gerichten überall nicht gelöst werden könnte, glaubte das Justizministerium die Ueberzeugung aussprechen zu müssen, daß die Erledigung des vorwürfigen Gegenstands nicht zur Kompetenz der Gerichte, sondern zu jener der Verwaltung einschlage.“

D. R.

Digitized by Google

IV.

Etwas über die juriſtiſche Geſchäftsſprache.

1.

Wenn ſich der Menſch in einer neuen Sphäre zu bewegen hat, ſo ſieht er ſich gerne nach Muſtern um.

So gieng es auch den badiſchen Juriſten bei Einführung der neuen Proceßordnung. Die dem franzöſiſchen Gerichtsverfahren nachgebildete Oeffentlichkeit und Mündlichkeit ſchien eine Anweiſung, auch die Form der Urtheile und Entſcheidungsgründe den franzöſiſchen Gerichten abzuborgen, und faſt alle Richter ſcheinen ſich dieſer Befangenheit hingegeben zu haben, denn man las in der erſten Zeit kaum ein Urtheil, welches nicht die franzöſiſche Form nachgeahmt hätte; die ſich darin gefällt, eine oft ſehr lange Reihe von faktiſchen Vorausſetzungen und ausführlichen rechtlichen Erörterungen in einen einzigen Vorderſatz gewaltſam zuſammenzudrängen, und dann die aus dieſen Prämiſſen gezogene Folge, das Urtheil, als Nachſatz damit zu verbinden.

Die oft das Monſtröſe erreichende Schwerfälligkeit dieſer Form kann nicht verkannt werden, und wir halten es für einen wahren Fortſchritt zum Beſſern, daß ſie in der neuern Zeit immer mehr verlaſſen wird, gerade in der Weiſe, wie wir es als einen Gewinn für die Geſchäftsſprache anſahen, als vor mehreren Jahren durch eine Miniſterialverordnung der indirekte oder erzählende Styl für Kriminalverhöre und Civilverhandlungen abgeſchafft wurde, wiewohl dieſer, dem deutſchen Mittelalter angehörende, Uebelſtand an Unbeholfenheit und Unzweckmäſſigkeit weit hinter den ſchwerfälligen Considerants der franzöſiſchen Perückenzeit zurückbleibt.

2.

Die Proceßordnung gebraucht in §. 1214 und anderwärts die Ausdrücke „rechtzeitig“ und „Rechtzeitigkeit“; aus mehreren Aufſätzen in unſern juriſtiſchen Blättern zeigt ſich aber eine Hinneigung von Richtern und Anwälten, einen andern Sprachgebrauch einzuführen, nämlich die gedachten Worte des Geſetzes in rechtszeitig und Rechtszeitigkeit zu verwandeln.

Es ſcheint jedoch dies keine Verbeſſerung zu ſeyn, denn wenn man gleich bei dem Ausdruck Rechtzeitigkeit denken kann, es ſei die Frage davon, ob eine gerichtliche Handlung in der vom Geſetz beſtimmten Zeit, in der Zeit des Geſetzes oder Rechts vorgenommen worden ſei, ſo könnten doch die Nichtjuriſten, welche ohnehin noch ſo Manches (und nicht immer ohne Anlaß) an der Gerichtsſprache tadeln, einwenden: der Ausdruck Rechtszeitigkeit bezeichne nicht die Zeitigkeit einer, vermöge Rechtsbeſtimmung in gewiſſer Zeit vorzunehmenden, Handlung, ſondern er bezeichne die Zeitigkeit (etwa die Reife?) des Rechts. Es handelt ſich aber hier um einen Ausdruck, welcher bezeichnen ſoll, daß etwas zur „rechten“ Zeit geſchehen ſei, und dazu dürfte doch wohl der Juriſt, ohne Gefahr für ſeine Wiſſenſchaft, die Sprache anderer Menſchen beibehalten, deren ſich auch die Proceßordnung, ohne alle Gefahr der Undeutlichkeit, bedient hat.

* * *.

V.

Vorſchlag eines Zuſatzes zu §. 23 der Juſtizminiſterialverordnung vom 21. April 1832, die organiſche Einrichtung der Obergerichte und den Geſchäftsgang bei denſelben betreffend.

Da es öfters vorkommt, daß ein Gericht nach angehörter mündlicher Verhandlung ſeine Sitzung aufhebt und die Berathung auf einen der folgenden Sitzungstage verſchiebt, hierdurch aber, namentlich bei zuſammengeſetzten, verwickelten und ſchwierigen Rechtsſachen für die Parteien die gerechte Beſorgniß entſteht, die durch die mündliche Rechtsausführung bezweckte Information der Richter könne ſich, beſonders durch unterdeſſen dazwiſchen gekommene Geſchäfte, verwiſcht haben, und die Entſcheidung dadurch zu ſehr in die Hände des Reſpicienten gegeben ſeyn, wodurch der Vortheil der Kollegialität verloren geht, ſo wäre es wünſchenswerth, daß dem §. 23 der oben angeführten Juſtizminiſterialverordnung noch als Zuſatz beigefügt würde, die Berathung und Entſcheidung der Rechtsſtreite müſſe deren Verhandlung unmittelbar folgen, dagegen dürfe die Verkündung der Urtheile und Entſcheidungsgründe in einer ſpätern öffentlichen Sitzung geſchehen.

Die Zweckmäßigkeit dieſes Verfahrens hat das großherzogliche Juſtizminiſterium in ſeinem Beſchluſſe vom 17. Mai 1833 (mitgetheilt im erſten Jahrgang Seite 308 dieſer Blätter) bereits anerkannt.

S.

Hauptredacteur Miniſterialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 24. Karlsruhe den 11. Juni 1836.

I.

Ministerium des Innern.

Administrativerkenntniß über einen Gegenstand des Civilrechts.

Die Gemeinde B. verabfolgte der dortigen Grundherrschaft von jeher eine Anzahl Klafter Holz, und zwar seit längerer Zeit 20 Klafter.

Die Grundherrschaft wurde nun an den Freiherrn v. Br. verkauft, welcher die 20 Klafter Holz wieder in Anspruch nahm, wogegen die Gemeinde einwendete, daß der frühere Grundherr vier Häuser, nämlich das grundherrliche Schloß und drei weitere Gebäude, besessen, und darum, da dort die Bürgerholzgaben nach dem Häuserbesitz vertheilt seien, vier Holzloose erhalten habe, was nach der frühern Größe dieser Loose beiläufig 20 Klafter ausmachte, daß aber der neue Grundherr nur das grundherrliche Schloß, und nicht auch die drei andern Gebäude erworben habe, und die Käufer dieser drei Gebäude die Holzgaben nunmehr für sich beziehen, der Grundherr also nur ein Loos erhalten könne, und zwar nicht in der frühern Größe, sondern nur so, wie jetzt die andern Bürger ebenfalls Loose erhalten.

Der Grundherr erklärte dagegen, daß die Grundherrschaft schon seit Jahrhunderten im ganz ungestörten Besitz dieses Holzbezugs sei, und daß es sich dabei keineswegs um Bürgerloose handle, der Bezug der Grundherrschaft vielmehr als eine privatrechtliche Holzberechtigung am Gemeindewald zustehe.

Das Bezirksamt St. verhandelte hierüber, und gab dann am 18. Juli 1835 im Administrativwege den Bescheid:

> „daß der Gemeinderath angewiesen werde, der Grundherrschaft das bisherige Holzquantum zu verabfolgen, bis im Wege Rechtens darüber entschieden seyn werde, wenn etwa solcher betreten werden wollte, daher solcher ausdrücklich vorbehalten werde.“

Die Gemeinde rekurrirte hiegegen nicht, leistete aber dem Bescheid keine Folge, worauf die Grundherrschaft mit einer gerichtlichen Klage auftrat. Während des Laufes der gerichtlichen Verhandlungen ergriff nun die Gemeinde, unabhängig von den Letztern, im Dezember 1835 nachträglich auch noch den Rekurs gegen den Administrativbescheid vom 18. Juli 1835, welchen Rekurs jedoch die Kreisregierung als verspätet zurückwies, und wogegen der Oberrekurs an das Ministerium des Innern ergriffen wurde.

Das Letztere verfügte darauf unterm 2. Mai 1836 Folgendes:

„Da die Grundherrschaft zu B. die geforderten 20 Klafter Holz nicht als Bürgergabholz, sondern vermöge einer ihr zustehenden Holzberechtigung am Gemeindewalde verlangt, es sich also lediglich um einen privatrechtlichen Anspruch handelt, so war das Bezirksamt in seiner Eigenschaft als Administrativbehörde zu einem Erkenntnisse darüber in keiner Weise kompetent.“

„Das Bezirksamt sah die Sache selbst für privatrechtlich an, da es bei seinem Erkenntnisse den Rechtsweg vorbehielt. Eben darum hätte es aber folgerichtig sich auch enthalten sollen, darüber mit Vorbehalt des Rechtswegs ein possessorisches Erkenntniß zu geben, da in privatrechtlichen Streitigkeiten in *possessorio* eben so wie in *petitorio* nur der Civilrichter zu erkennen hat.“

„Das Erkenntniß des Bezirksamts, als Administrativbehörde, vom 18. Juli 1835 ist daher nach dem §. 3 der bürgerlichen Proceßordnung nichtig, ohne daß es durch Ablauf der für Administrativsachen bestimmten Rekursfrist zu einer Rechtskraft hätte gelangen können.“

„Dasselbe ist daher aufzuheben und den Betheiligten lediglich zu überlassen, den Streit vor dem Civilrichter auszutragen.“

Die Kosten werden kompensirt.

D. R.

Digitized by Google

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Urtheil. In Anklagesachen des großherzoglichen Staatsanwalts am großherzoglichen Oberhofgerichte und Hofgerichte des Unterrheinkreises, Anklägers, gegen August Schäfer von Seidelfingen, königl. würtembergischen Oberamts Böblingen, dermalen zu Heidelberg wohnhaft, Angeklagten, wegen Preßvergehens.

Nach Ansicht der, von dem großherzoglichen Staatsanwalt gegen den Angeklagten erhobenen Anklage, nach welcher derselbe als Verfasser des Romanes „die Revolution, historisch romantisches Sittengemälde der neuen Zeit," erschienen dahier bei Heinrich Hoff im Jahre 1835, wegen einer Reihe von Stellen, in welchen den regierenden Fürsten der Tod geschworen und der Umsturz der bestehenden Verfassungen als etwas Erlaubtes und Nothwendiges dargestellt seyn soll, des Verbrechens des Hochverraths oder doch wenigstens eines Attentats desselben angeklagt ist;

In Erwägung, daß der Angeklagte königl. würtembergischer Staatsbürger ist, und sich nur zu einem vorübergehenden Zwecke, ohne das badische Staatsbürgerrecht zu erwerben, in dem diesseitigen Großherzogthum aufhielt, daß aber hiedurch die Kompetenz der hierländischen Gerichte zur Aburtheilung eines, von ihm angeblich im Inlande verübten, Preßvergehens nicht beseitigt werden kann, weil er einestheils selbst als Landfremder nach §. 2 des sechsten Constitutionsedikts die Pflicht hätte, sich wegen aller Vergehen, für deren Widerrechtlichkeit die Vernunft oder die Verfassung seiner Heimath ihm Kenntniß gab, nach den hiesigen Gesetzen richten zu lassen, anderntheils aber, da er nach dem §. 4 des gedachten Edikts nicht als Landfremder, sondern als Schutzgenosse erscheint, und als solcher nach §. 6 als Staatsangehöriger in einem beschränkten Unterthanenverhältnisse stehend betrachtet wird, auch den diesseitigen Strafgesetzen und den Strafgerichten unterworfen ist, endlich weil er auch nach §. 30 des Preßgesetzes, selbst wenn er sich als Ausländer im Auslande aufgehalten hätte, wegen eines, gegen das Inland in einer von ihm verfaßten Druckschrift enthaltenen Angriffes, wozu die Aufforderung zum Umsturze der inländischen Staatsverfassung unzweifelhaft gerechnet werden muß, vor die inländischen Gerichte gezogen werden konnte;

In Erwägung, daß die gegen das Verfahren des Untersuchungsrichters, hinsichtlich der Beschlagnahme des angeblich sträflichen Romans des Angeklagten, erhobenen Beschwerden auf die Entscheidung der Anklage selbst ohne allen Einfluß sind, weil jetzt nicht über die Rechtsgültigkeit der Beschlagnahme, sondern über die, auf den Grund des angeblich sträflichen Inhaltes der Druckschrift selbst nach §. 43 und 51 des Preßgesetzes von dem großherzoglichen Staatsanwalt erhobene Klage erkannt werden soll;

In Erwägung, die letztere selbst anlangend, daß der Angeklagte des Hochverraths oder eines Attentats desselben durch Aufforderung zum Umsturze der monarchisch-landständischen Verfassung des Großherzogthums beschuldigt ist;

In Erwägung, daß der Begriff des Hochverraths eine Verbindlichkeit zur Treue voraussetzt, die von einem fremden Unterthanen gegen einen, ihm fremden Staat, nicht verlangt werden kann, daß aber der Angeklagte, wenn er gleich nicht badischer Staatsbürger ist, doch, nach dem bereits angeführten §. 6 des sechsten Constitutionsedikts, als Schutzgenosse zu den badischen Staatsangehörigen zu rechnen ist, welche während ihres Aufenthalts im Lande in einer beschränkten Unterthanenpflicht stehen, zu welcher offenbar zunächst die, allen Staatsangehörigen obliegende heiligste Pflicht gehört, das Daseyn des Staats oder seine Grundverfassung durch keine rechtswidrige Handlung zu gefährden;

In Erwägung, daß der Angeklagte zugestanden hat, der Verfasser des, der Anklage zu Grund liegenden, Romans „die Revolution" zu seyn, und das Manuscript desselben verkauft zu haben, durch welches Geständniß zugleich der Beweis geführt ist, daß Druck und Herausgabe mit seinem Wissen und Willen erfolgt seyn müssen, daß er mithin nach §. 25 des Preßgesetzes als derjenige erscheint, welcher zunächst für den Inhalt dieser Druckschrift verantwortlich ist;

In Erwägung, daß das Verbrechen des Hochverraths durch jede rechtswidrige Handlung begangen wird, welche die Absicht hat, die Grundgesetze oder die Grundverträge, auf denen die Staatsverfassung beruht, zu vernichten oder zu verändern, und daß solche Handlungen auch durch Druckschriften begangen werden können, wenn darin unmittelbar oder mittelbar zur Empörung gegen die bestehende Ordnung, zum Umsturze oder zur gewaltsamen Aenderung der Staatsverfassung aufgefordert wird;

In Erwägung, daß eine unmittelbare Aufforderung zum Umsturze der Verfassung des Großherzogthums in den, der Anklage zu Grund liegenden, Stellen des angeklagten Romanes nicht enthalten ist, da weder in diesen noch in der ganzen Schrift von der Verfassung irgend eines deutschen Staates und insbesondere von jener des Großherzogthums ausdrücklich die Rede ist, auch die höchste Person Seiner Königlichen Hoheit des Großherzogs nicht entfernt darin genannt oder bezeichnet ist;

In Erwägung, daß dagegen in einer Druckschrift auch indirekt zu einem revolutionären Beginnen aufgefordert

Digitized by Google

werden kann, und daß hiebei namentlich die Einkleidung der Erörterung politischer Prinzipien und Systeme, welche der ernsten Wissenschaft angehört, in das Gewand eines Romans nicht allein dem Verfasser nicht zur Vertheidigung gegen eine strafbare Absicht dienen kann, sondern vielmehr gerade geeignet ist, den Verdacht einer versteckten Absicht zu begründen;

Nach Ansicht der in der Anklage enthaltenen Stellen, welche dahin lauten:

I. Bd. S. 206. „Die Abschaffung der jetzigen Regierung ist vor der Hand die Hauptsache; ist dieser große Schritt geschehen, so wird das Volk leicht durch Belehrung, der alsdann durch die Entfeßlung der Presse der weiteste Spielraum vergönnt seyn wird, auf die rechte Bahn zu lenken seyn. Wenn auch einige Excesse dabei vorfallen, so wird doch der Besitz der errungenen Freiheit eine genügende Entschädigung bieten. Eine schlechte Regierung ist ein innerer Feind des Volks, und so wie ein äußerer Feind selbst durch die Aufopferung des Lebens vieler Bürger bewältigt werden muß, so muß auch bei der Bekämpfung eines innern Feindes der Verlust von ein Paar Tropfen Menschenblutes nicht in Anschlag gebracht werden. Endlich mögen Diejenigen, welche uns zur Anwendung des äußersten Mittels nöthigen, etwaige Excesse einst vor Gottes Richterstuhl verantworten."

„Von neuem erscholl rauschender Beifall durch die lange Halle. Man hörte die Rufe: „„Ganz recht, ganz recht! das Schwert ergriffen! Tod den Tyrannen!""

S. 213. „Zur Freiheit gehört Wählbarkeit, Verantwortlichkeit und Absetzbarkeit des Staatsoberhauptes. Diese drei Punkte vertragen sich aber mit dem Königthum, wie sich dieses nun einmal geltend machen will, nicht, darum fort mit diesem!"

„In jedem Staate, in welchem der Geist der freien Forschung in politischen Dingen einmal erwachsen ist, muß man, bälder oder später, auf jene Grundprinzipien der Freiheit stoßen. Der einfache gesunde Menschenverstand muß lehren, daß die öffentliche Gewalt nur der Gesammtheit des Volkes gehören kann, nicht aber einem Einzelnen oder einem Theile des Volkes, denn der Theil kann nicht mehr seyn, als das Ganze. Darum bleibt ein Volk nur so lange frei, als es sich seiner Souverainetät nicht begibt, jede Gewalt, die es nicht selbst ausüben kann, muß es allerdings übertragen, allein es darf sie nur von ihm gewählten, verantwortlichen und absetzbaren Mandatarien übertragen. Es begibt sich seiner Souverainetät, sobald es die öffentliche Gewalt einer Familie erblich überträgt, sobald es das Staatsoberhaupt der Verantwortlichkeit überhebt, und endlich, sobald es die Unabsetzbarkeit des Staatsoberhauptes ausspricht. Laßt uns daher vor Allem schwören, meine Herren, daß wir uns nie in einen Vergleich mit den Despoten einlassen, daß wir nie einem Systeme politischer Halbheit, das nur dem Despotismus Mittel verschaffen könnte, sich von neuem einzuschleichen, huldigen, und uns nie von den Sophistenkünsten der Tyrannen und der Tyrannenknechte bethören lassen wollen. Schwören wir ewigen Haß den Despoten, mögen sie nun als reißende Wölfe oder im Schafskleide einhergehen. Wir schwören es, riefen mit betäubendem Lärme die Anwesenden. Keine Täuschung, keine Halbheit! Kein fratzenhaftes Bürgerkönigthum! keinen Mittelweg zwischen Gott und dem Mamon!"

S. 215. „Ich theile den Despotismus auf folgende Art ein: in den roh en Despotismus, welcher zügellos seiner Wildheit fröhnt und den Baum, dessen Früchte er pflücken will, an der Wurzel abhaut; in den schl au en Despotismus, welcher so vielen Nutzen als möglich aus der, unter seinem Scepter stehenden, Menschenheerde zu ziehen sucht, und daher aus Eigennutz die letztere schont; in den auf gekl ärten Despotismus, welcher durch die Milde und Zweckmäßigkeit seiner Regierung den Absolutismus uns so erträglich als möglich zu machen sucht (wie der schlaue Despotismus uns denselben so einträglich als möglich zu machen sucht), und sich bestrebt, den Menschen alle die Wohlthaten zu gewähren, welche ihnen eine freie Regierung gewähren kann; und endlich in den constitutionellen Despotismus, welcher durch fremde Federn seine Blöße zu bedecken sucht, oder mit andern Worten, sich in das Gewand der Freiheit hüllt, sich hinter liberale Formen versteckt. Allein der Despotismus ist und bleibt doch immer Despotismus, welche Metamorphose er auch mit sich vornehmen mag. Darum tüchtig auf den Burschen losgeschlagen, unter welcher Gestalt oder in welcher Hülle er sich auch zeigt; mag er nun in einem Bärenfelle, oder in einem Fuchspelze, oder in einer Schafshaut einhergehen."

S. 221, 222. „Die Monarchie ist nichts anderes, als die winzige Minorität, welche die ungeheure Majorität tyrannisirt. Volk und Regierung haben daher in der Monarchie verschiedene Interessen, und wenn man der Regierung gerade nicht zumuthen kann, daß sie das Prinzip ihres Daseyns vernichte, so kann man doch auch dem Volke nicht verargen, daß es durch Abschaffung eines unterdrückenden und seine politische Lebensthätigkeit lähmenden Systems sich zur Selbstständigkeit emporringt. In der Republik ist es anders; dort sind Volk und Regierung eins, und das System der Regierung kann nie etwas anderes seyn, als der Ausdruck der Majorität des Volkswillens."

II. Bd. S. 126. „In einem Staate dagegen, in welchem es, streng genommen, keinen Volkswillen gibt, in welchem nur Wenige herrschen und die große Mehrzahl in der Unterdrückung schmachtet, ist eine Empörung nicht

Digitized by Google

so strafbar; denn sie ist fast stets nur ein offener Kampf der unterdrückten Mehrzahl gegen die unterdrückende Minderzahl, das letzte verzweifelte Hülfsmittel, eine politische Ordnung der Dinge zu gründen, oder mit andern Worten, die Geltendmachung des, jedem Volke zustehenden, Rechts, einen Staat zu bilden; denn da, wo die Majorität der Minorität fröhnt, gibt es keinen Staat, sondern höchstens ein Zuchthaus. Man muß in dieser Beziehung zwischen zwei Uebeln wählen, man muß sich fragen, ob die fortwährende Unterdrückung und politische Willenlosigkeit des Volkes ein größeres oder ein kleineres Uebel sei, als die augenblickliche Verwirrung, die aus dem Umsturze einer illegitimen Regierung der Minorität über die Majorität entstehe, und die Antwort auf diese Frage kann nicht zweifelhaft seyn; denn es ist die Frage, ob ein Volk ewig in der politischen Barbarei verbleiben müsse, oder aber sich durch eine kühne Anstrengung den Weg in das Gebiet der politischen Civilisation bahnen dürfe, mit andern Worten, ob eine bleibende vernünftige Ordnung der Dinge zu theuer erkauft werde durch eine kleine vorübergehende Unordnung, welche das Mittel zur Abschaffung einer unvernünftigen Ordnung d. i. Unordnung sei. Eine Empörung ist in einem absoluten oder halbabsoluten Staate für ein Volk, das politisch tugendhaft werden will, das Werk der Nothwendigkeit, denn da, wo das Volk politisch todt ist, wo es keine Institutionen gibt, welche die Freiheit seines politischen Willens verbürgen, kann es sich wohl nur durch Gewalt, d. h. durch den gewaltsamen Umsturz der bestehenden Ordnung, politisch emancipiren, weil jede bloße Meinungsäußerung, jede Besprechung zum Behufe der Veränderung des status quo in solchen Staaten Verbrechen oder Meuterei heißt, und von den Gewalthabern als solche bestraft wird. Endlich ist in solchen Staaten der ganze öffentliche Zustand nichts als Gewalt, weil auf der einen Seite unbedingter Gehorsam, auf der andern unbedingter Befehl sich findet, und das Recht im Staate sich nur auf Vertrag gründen kann. Die Gewalt aber ist rechtlich nicht verbindend, was nur der Vertrag ist, und gegen Gewalt muß es erlaubt seyn, wieder Gewalt zu brauchen."

S. 207. „Vergebens berief sich der Minister auf den fürstlichen Willen; diese Berufung, die nach der Verfassungsurkunde unzuläßig war, diente jedoch dazu, einen der tiefsten Uebelstände oder vielmehr eine der auffallendsten Sonderbarkeiten der repräsentativen Monarchie in das hellste Licht zu setzen, wir meinen jene Einrichtung, nach welcher ein Minister wegen der Handlungen des Fürsten gestraft werden kann, der Fürst aber stets straflos bleibt. Diese Einrichtung ist moralisch und politisch verwerflich, denn man muß nicht sowohl die Verführten bestrafen, als die Verführer, man muß zur Quelle des Uebels emporsteigen, nicht blos einige Kanäle desselben abgraben. Was hilft die Bestrafung eines Ministers, so lange der Fürst noch die Macht hat, sein schädliches Regierungssystem mit Hülfe anderer Männer, die sich zu seinen Verletzungen gebrauchen lassen, fortzusetzen."

S. 227. „Die Monarchie hat sich überlebt, und ein anderes Ideal gesellschaftlicher Ordnung angefangen, sich als Zeitgeist zu verkünden, und dieses Kind der Neuzeit wird, zweifeln wir nicht daran, endlich die Tochter finsterer Jahrhunderte vom Throne stürzen, und wenn auch aus den Prunkgemächern der Gewaltigen dieser Erde das tyrannische Gebot ergienge, Alle dem Henkerbeile zu überliefern, welche den gegenwärtig bestehenden Zustand nicht für das non plus ultra gesellschaftlicher Institutionen halten, und auch nur die Hoffnung oder den Wunsch nach einer andern Ordnung der Dinge aussprechen. Der Despotismus wird die Trugsgebilde, durch die er die Völker zu täuschen sucht, mit eigener Hand zerstören, wird den Heiligenschein, der sein Haupt noch umstrahlt, selbst in leeren Dunst auflösen und in verzweifelndem Wahnsinne sich selbst morden. Noch eine Zeitlang wird die Menschheit unter der Ruthe der Tyrannei bluten, noch eine Zeitlang wird sie sich von den Sophistenkünsten der Prediger des Despotismus täuschen lassen, wann aber alle Phasen der Täuschung durchlaufen, wann alle Gaukeleien erschöpft sind, wird die Tyrannei in dem Augenblicke, in welchem sie den Glanzpunkt wieder erreicht zu haben glaubt, in den Staub sinken, ein schwaches Opfer des Riesengeistes der Neuzeit."

Nach Ansicht ferner derjenigen Stellen, welche in der Anklageschrift als Reizmittel zum Hochverrathe bezeichnet sind; ferner derjenigen, aus welchen hervorgehen soll, daß der Verfasser die constitutionellen Fürsten und Regierungen Deutschlands im Auge hat, und endlich derjenigen Stellen des Romanes, welche darthun sollen, welches Ziel durch den Umsturz der constitutionellen Verfassungen Deutschlands und durch die Entthronung seiner Fürsten erreicht werden wolle;

In Erwägung, daß der Angeklagte keine andere Absicht gehabt zu haben behauptet, als diejenige, welche er in der Vorrede zu dem Buche selbst ausgesprochen hat, nämlich die Absicht, ohne irgend eine Persönlichkeit oder eine bestehende Verfassung im Auge zu haben, den großen politischen Meinungskampf unserer Zeit zu schildern, politische Prinzipien und Systeme zu erörtern, und sogar die Nutzlosigkeit von Revolutionen zu zeigen;

In Erwägung, daß, wenn diese, vom Angeklagten behauptete Absicht aus jenen Stellen und dem Zusammenhange der ganzen Schrift klar hervorgienge, von einer strafwürdigen Handlung des Angeklagten die Rede nicht seyn könnte, weil, abgesehen davon, daß die letztgedachte Absicht nur

Digitized by Google

als lobenswerth erſchiene, die Erörterung der verſchiedenen Staatsformen, und ſelbſt ein freimüthiger Tadel der etwaigen Mängel der beſtehenden Verfaſſung, von unſerer Strafgeſetzgebung nicht mit Strafe bedroht iſt;

In Erwägung, daß es ſich bei dem Widerſpruche des Angeklagten, die ihm in der Anklage zur Laſt gelegte ſträfliche Abſicht gehabt zu haben, jetzt blos um die Prüfung der Frage handeln kann, ob die angeklagte Schrift ſelbſt dieſe Abſicht beurkundet, wogegen der Widerſpruch des Angeklagten nicht in Betracht käme;

In Erwägung, daß die einzelnen angeklagten Stellen nicht allein die heftigſten Ausfälle gegen die monarchiſche Regierungsform und die, in derſelben den Fürſten eingeräumte Gewalt im Allgemeinen enthalten, ſondern auch zum Theil den Grundſatz vertheidigen, daß Empörung in monarchiſchen Staaten wenigſtens ſtrafbar, ja ſogar nothwendig ſei, wenn ein Volk politiſch tugendhaft werden wolle; daß aber dieſe Stellen nur in ihrem Zuſammenhange mit dem Inhalte der ganzen Schrift beurtheilt werden können, weil ſie nur Theile derſelben bilden und daher für ſich allein ſtehend die Abſicht des Verfaſſers nicht genügend aufzuklären vermögen;

In Erwägung, daß die Haltung des ganzen Romanes, die Zeichnung der Hauptperſonen und des Helden deſſelben, in Verbindung mit der Vorrede, keinen Zweifel darüber laſſen, daß der Angeklagte keineswegs unparteiiſch und vom Standpunkte der Wiſſenſchaft aus die Mängel und Vorzüge der verſchiedenen beſtehenden oder möglichen Formen von Staatsverfaſſungen zu ſchildern beabſichtigte, daß er vielmehr, mit dem Helden ſeines Romans ſympathiſirend, die politiſche Emancipation der Völker vom Joche der Autorität, d. h. der monarchiſchen Regierungsform, und die Begründung der Herrſchaft der Vernunft oder des Geſammtwillens, was ihm gleichbedeutend mit der Idee der Freiheit und Republik iſt, als wünſchenswerth, die monarchiſchen Verfaſſungen aber als verwerflich, mit der Freiheit, der Würde und dem Glücke der Völker nicht verträglich, darſtellen wollte;

In Erwägung, daß für dieſe Abſicht namentlich auch jene Stellen ſprechen, in welchen er den dort redend eingeführten Perſonen förmliche Schmähungen gegen die monarchiſchen, insbeſondere die conſtitutionell-monarchiſchen Verfaſſungen, in den Mund legt, wie Bd. I S. 213 wo er die letzteren „fratzenhaftes Bürgerkönigthum", „keinen Mittelweg zwiſchen Gott und dem Mammon" — S. 215, 216, wo er ſie „conſtitutionellen Despotismus, welcher durch fremde Federn ſeine Blößen zu bedecken ſucht" — S. 221, 222, wo er ſie „die winzige Minorität, welche die ungeheure Majorität tyranniſirt," nennt, — S. 211, wo er die conſtitutionellen Fürſten als Schattenfürſten, als Puppen, die conſtitutionelle Monarchie als albern und ungereimt bezeichnet, endlich, Bd. II S. 246, wo er das Königthum für eine koſtſpielige Sinecure erklärt;

In Erwägung, daß dieſe Abſicht ferner aus jenen Stellen hervorgeht, welche die Unverträglichkeit des monarchiſchen Prinzipes mit der Freiheit, als dem beglückenden Ziele der Völker, ausſprechen, während die republikaniſche Regierungsform als die vollkommenſte, Freiheit, Glück und Würde der Völker allein begründende, Verfaſſung bezeichnet iſt, wie dieſes unter andern im I. Bd. S. 216 geſagt wird, und S. 234, wo der Satz aufgeſtellt iſt: „man müſſe vor Allem Republikaner werden, um tugendhaft ſeyn zu können;

In Erwägung, daß hiemit auch jene Stellen in Verbindung ſtehen, wo der Verfaſſer, freilich durch einen Republikaner, ſogar den Grundſatz vertheidigen läßt, daß in abſoluten oder halbabſoluten Staaten für ein Volk, das politiſch tugendhaft werden wolle, Empörung ein Werk der Nothwendigkeit ſei;

In Erwägung, daß es keinem Zweifel unterliegen kann, daß ſich dasjenige, was der Angeklagte über die verſchiedenen Staatsverfaſſungen, und namentlich über die conſtitutionell-monarchiſchen, zu welchen, dem neueren Sprachgebrauche gemäß, unſere ſüddeutſchen, mit landſtändiſchen Verfaſſungen verſehenen, Staaten gerechnet werden, auch auf dieſe letzteren beziehen ſollte, weil der Angeklagte nach der Vorrede den Kampf der politiſchen Parteien in Europa zu ſchildern beabſichtigt haben will, und wenn er gleich nur einen fingirten Staat zum Schauplatze wählte, doch offenbar dabei zunächſt ſein deutſches Vaterland im Auge hatte, indem er Frankreich mehrmals als Nachbarland bezeichnet und der Mängel ſeiner, ſo wie der engliſchen Verfaſſung *insbeſondere* erwähnt;

In Erwägung, daß jedoch, wenn auch aus der oben entwickelten Abſicht des Angeklagten, die monarchiſche Verfaſſung überhaupt als verwerflich darzuſtellen und aus der Art dieſer Darſtellung gegründeter Verdacht dafür entſteht, daß er zugleich die Abſicht damit verband, dasjenige, was er die politiſche Emancipation der Völker nennt, und zu dieſem Zweck die Einführung der Herrſchaft des Geſammtwillens, oder der Republik, im Gegenſatz des monarchiſchen Prinzips im Allgemeinen, mithin auch in Deutſchland zu befördern, und auf den Umſturz der auf letzterem Prinzipe beruhenden deutſchen Verfaſſungen und daher auch jener des Großherzogthums hinzuarbeiten — dieſe, von dem Angeklagten geläugnete Abſicht doch nicht unbedingt aus den angeklagten Stellen und ihrem Zuſammenhange mit der ganzen Schrift abgeleitet werden kann, weil es immerhin denkbar bleibt, daß er bloß den in der Vorrede ausgeſprochenen Hauptzweck vor Augen hatte, ein Gemälde des großen politiſchen Meinungskampfes unſerer Zeit zu ſchildern, ohne gegen die beſtehende Ordnung der Dinge aufregen zu wollen;

Digitized by Google

In Erwägung, daß in dieser Beziehung auch für den Angeklagten spricht, daß er sich in der Vorrede ausdrücklich dagegen verwahrt hat, ein neues Incitament in den Krater der Zeit werfen, d. h. gegen die bestehende Ordnung noch mehr aufregen zu wollen, als dieses ohnehin schon durch den Geist der Zeit geschieht, oder geschehen ist, indem er die Erörterung politischer Systeme, ohne Rücksicht auf ihre Verwirklichung, bloß von dem Standpunkte der Vernunft aus versucht haben will;

In Erwägung, daß der Angeklagte ferner alle Aeußerungen, welche gegen die monarchische Regierungsform und die Fürstengewalt gerichtet sind, nur solchen Personen in den Mund legt, welche er als Republikaner, und mithin als einer politischen Faktion angehörend, bezeichnet, die notorisch solche, dem monarchischen Prinzipe feindselige Gesinnungen hegt, wie denn auch die am Schlusse des II. Bandes S. 223 — 262 in das Tagebuch eines Republikaners niedergesetzten Gedanken, welche die gänzliche Vernichtung oder Umgestaltung des monarchischen Prinzipes weissagen, blos die Hoffnungen eines, bei der geschilderten Revolution unterlegenen, Republikaners ausdrücken;

In Erwägung, daß der Verfasser überdieß den, namentlich als strafbar bezeichneten, Aeußerungen auf der andern Seite auch Grundsätze entgegenhält, welche die ersteren zu entkräften suchen, indem sie dieselben bekämpfen und mithin dafür sprechen, daß der Angeklagte lediglich die verschiedenen politischen Meinungen der von ihm geschilderten Parteien darstellen wollte;

In Erwägung, daß der Ausgang der geschilderten Revolution und das Aufgeben des Versuches des Helden des Romanes, eine Republik einzuführen, in so fern ebenfalls gegen die Absicht des Verfassers spricht, zu einem revolutionären Beginnen auffordern zu wollen, als es nach der fingirten Revolution wieder bei dem alten Zustande blieb und das Volk durch dieselbe nichts gewonnen hatte, während bei der Absicht, zu einem revolutionären Umsturze der monarchischen Verfassungen aufzufordern, das Resultat der geschilderten Revolution günstiger für die revolutionirende Partei hätte ausfallen müssen;

In Erwägung, daß hiernach die Anklage wegen Hochverraths, oder Hochverrathsversuches gegen den Angeklagten nicht als begründet erscheint.

Aus allen diesen Gründen wird nach Verlesen der Anklageschrift und Anhörung des großherzoglichen Staatsanwalts, so wie nach Vernehmung des Angeklagten und seines Vertheidigers hiemit zu Recht erkannt:

„daß der Angeklagte, unter Verurtheilung der großherzoglichen Staatskasse in sämmtliche Kosten, von der gegen ihn erhobenen Anklage zu entbinden sei."

V. R. W.

Dessen zu Urkund ꝛc. ꝛc.

So geschehen, Mannheim den 24. März 1836.

Bayer.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Ein Versäumungserkenntniß ohne Ungehorsam.

Roth gegen Horn.

Unter Vorlage der Originaldekreturen hatte der Kläger wegen eines Deservitenrestes von 53 fl. bei Amt einen unbedingten Befehl erwirkt, wogegen der Beklagte innerhalb der gesetzten Zahlungsfrist einwendend vorbrachte, daß er dem Kläger nach den L.R.Sätzen 1992 und 1999 nichts schuldig sei, weil derselbe als Anwalt in jener Rechtssache, von welcher die eingeklagten Deserviten herrühren, den Termin versäumt, das Wiederherstellungsgesuch um zwei Tage zu spät eingereicht und den ausgeschlossenen Parteivortrag nicht zugleich beigebracht habe. Da nun durch den Ausschluß und das Versäumniß des Klägers die Rechtsmittel und Deserviten herbeigeführt worden, so müsse er bitten, den Kläger unter Verfällung in die Kosten mit seiner Forderung abzuweisen, wobei er sich vorbehalten hatte, die an denselben bereits geleisteten Zahlungen zurückzufordern.

Zum Beweis der Einrede berief sich der Beklagte auf die betreffenden Proceßakten, welche er dieser Verhandlung beiregistriren zu lassen bat.

Es wurde nun Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung über diese Einsprache auf den 24. Februar l. J. festgesetzt; der Kläger reichte aber noch vorher seine Behauptungsschrift ein, worin er das ihm zur Last gelegte Versehen mit dem Anfügen widersprach, daß er am 18. März 1833 noch nicht einmal mit der nöthigen Vollmacht und Instruktion vom Beklagten versehen gewesen sei, um dem unter diesem Datum auf die Post gegebenen Wiederherstellungsgesuch gegen das amtliche Versäumungserkenntniß vom 26. Februar 1833 zugleich den Einredevortrag beifügen zu können. Ausser dem fügte Kläger zur Widerlegung der gegentheiligen Einsprache hinzu, daß ihn ja der Beklagte auch in zweiter und dritter Instanz als Anwalt beibehalten, daß er ihm die

Digitized by Google

Kosten erster Instanz bereits bezahlt und dadurch gewiß seine Handlungen gut geheißen habe. Er bat daher, die Einsprache des Beklagten zu verwerfen und den unbedingten Befehl zu bestätigen.

Der in der Tagfahrt erschienene Beklagte ließ sich auf die Behauptungsschrift vernehmen, setzte dem Inhalt derselben einen Widerspruch entgegen, und berief sich wiederholt auf die schon erwähnten Proceßakten.

Allein statt dieselben vorlegen zu lassen, und nach deren Durchsicht das Urtheil zu fällen, ließ das Amt die Behauptungsschrift als unberücksichtigt (?) zu den Akten gehen und verfällte den Kläger in die Kosten der Tagfahrt.

So beruhete die Sache, bis der Beklagte am 17. März um Anberaumung einer weitern Tagfahrt zur Verhandlung über die Einreden bat, welche sofort auf den 31. ejusd. festgesetzt ward, und zwar mit der Auflage an den Kläger, sich behauptend zu erklären, ansonst das Thatsächliche der Einreden als einbekannt und jede Replik für versäumt erklärt werden soll.

Darauf zeigte Kläger dem Amte noch zeitig genug an, daß er in der Tagfahrt nicht erscheinen könne, und gegen das amtliche Verfahren bei dem großherzoglichen Hofgericht Beschwerde zu führen sich genöthigt sehe, weßhalb er bis auf höhere Verfügung mit allem Weiteren einzuhalten bitte.

Dessenungeachtet hielt das Amt die Tagfahrt ab und ertheilte auf Anrufen des allein erschienenen Beklagten sofort den Bescheid: „daß das Thatsächliche der Einrede als zugestanden, jede Replik für versäumt zu erklären, und demnach Kläger, unter Verfällung in die Kosten, mit seiner Klage abzuweisen sei" — während höchstens hätte erkannt werden können: daß der unbedingte Befehl wieder aufzuheben sei!

Gegen diesen Bescheid appellirte der Kläger und beschwerte sich insbesondere, daß der Unterrichter gegen den unbedingten Befehl die vom Beklagten vorgebrachte, gewiß unstatthafte Einrede zugelassen, und demnächst ein Versäumungserkenntniß gegeben habe, noch ehe über seine Beschwerde rücksichtlich des Verfahrens von großherzoglichem Hofgericht entschieden gewesen sei. Jedenfalls sei, wenn auch dieses Urtheil nicht zu voreilig erlassen wäre, die Abweisung der Forderung nach Lage der Akten nicht gerechtfertigt.

Gebeten ward: das amtliche Urtheil aufzuheben, und den unbedingten Befehl wieder herzustellen.

Diesem Begehren wurde, nach mündlicher Verhandlung, durch hofgerichtliches Urtheil vom 3. Oktober d. J. entsprochen, und nebstdem die vom Beklagten vorgeschützte Einrede mit dem Vorbehalt der besondern Ausführung verworfen.

Entscheidungsgründe:

J. E., daß der Beklagte weder die Zulässigkeit des Mandatsprocesses bestritten, noch die eingeklagte Restforderung widersprochen *), sondern lediglich eingewendet hat, daß er dem Kläger nach den L.R.Sätzen 1992 und 1999 nichts schuldig sei, weil sich derselbe als Anwalt in dem Rechtsstreite unter der Rubrik „Hundheim gegen Horn" durch Versäumung der Wiederherstellungsfrist ein Versehen habe zu Schulden kommen lassen;

J. E. aber, daß diese Einrede nicht nur widersprochen, sondern auch unerwiesen ist, indem sich aus den angerufenen Akten nicht ergibt, daß der Beklagte, welchem zu seiner Vernehmlassung auf die ihm am 7. September 1832 behändigte Klage der Gemeinde Hundheim bis zum 18. Februar 1833 Frist gestattet war, den Kläger in Zeiten als Anwalt aufgestellt, sofort mit der nöthigen Instruktion und Vollmacht versehen hatte, um das Wiederherstellungsgesuch begründen, und zugleich den Einredevortrag noch rechtzeitig beibringen zu können;

J. E., daß der Unterrichter das von dem Beklagten seinem früheren Anwalte imputirte Versehen deßwegen nicht als zugestanden annehmen konnte, weil Letzterer solches in seiner Behauptungsschrift ausdrücklich widersprochen, und nament-

---

*) Wenn die Voraussetzungen, unter welchen nach §. 702 der Pr. Ordn. ein unbedingter Befehl verlangt werden kann, nicht sämmtlich vorhanden waren, so möchte es darauf, ob der Beklagte die Zulässigkeit eines solchen Befehls besonders bestritten, oder nur andere Einwendungen vorgebracht habe, nicht ankommen, indem auch im letztern Falle das Gesuch um einen unbedingten Befehl, der da schon von Anfang an ungesetzlich ertheilt worden wäre, jedenfalls hätte verworfen werden müssen.

Ultra petitum wäre hiedurch in keinem Falle erkannt worden, indem in der Bitte des Beklagten, um gänzliche Abweisung des Klägers, immerhin auch die Bitte um Zurücknahme oder Aufhebung des unbedingten Befehls (als das Kleinere in dem Größern) begriffen war.

Ob übrigens die Bitte um einen unbedingten Befehl nach §. 702 an und für sich begründet war, ist aus der obigen Darstellung nicht ersichtlich, jedenfalls aber nicht wahrscheinlich, da nach dem angeführten §. 702 für alle zum Klaggrund gehörigen Thatsachen, folglich hier auch für die Thatsache der Beovollmächtigung, fehlerfreie öffentliche Urkunden sogleich mit der Klage in Original beigebracht werden mußten, die Vollmacht in Sachen „Hundheim gegen Horn" aber dem Kläger (Roth) schwerlich in einer öffentlichen Urkunde ausgestellt war. War die, einen Theil des Klaggrunds ausmachende, Vollmacht, wie gewöhnlich, nur in einer Privaturkunde ausgestellt, so mochte nach Umständen in Gemäßheit des §. 726 der Pr. Ordn. der Exekutionsproceß eingeleitet, nicht aber um einen unbedingten Befehl gebeten werden.

D. R.

Digitized by Google

lich angeführt hatte, daß er am 18. März 1833 noch nicht mit der nöthigen Instruktion und Vollmacht versehen gewesen sei;

J. E., daß zwar diese Sache der Summe nach sich zum abgekürzten Verfahren eignet, in welchem, zufolge §. 674 Nr. 1 der Pr. Ordn., die Verhandlungen mündlich sind, wenn nicht die Parteien über schriftliches Verfahren übereinkommen;

J. E. aber, daß der Kläger, weil er, statt in der Tagfahrt vom 24. Februar d. J. zur mündlichen Verhandlung zu erscheinen, seinen Behauptungssatz schon vorher schriftlich eingereicht hatte, dennoch nicht als ungehorsam betrachtet werden kann, da der Unterrichter in genannter Tagfahrt den Inhalt des Schriftsatzes dem Beklagten eröffnet und dieser sich darauf widerlegend erklärt hat, wodurch in der That nach §. 220 der Pr. Ordn. verfahren worden ist;

J. E., daß also, weil durch diese Verhandlung die Sache in den Stand der Entscheidung gesetzt war, das Urtheil ohne Weiteres hätte erlassen werden sollen;

J. E., daß mithin das Ausbleiben des Klägers in der spätern Tagfahrt vom 31. März d. J., eben weil die Verhandlung bereits vollständig gepflogen und jedenfalls Grund genug vorhanden war, alles weitere Verfahren einzustellen, bis über die dagegen geführte Beschwerde oberrichterlich entschieden seyn würde, nicht als Ungehorsam anzusehen ist;

J. E., daß demzufolge, da überall kein Versäumniß vorhanden, die Einrede des Beklagten aber unerwiesen, und daher das amtliche Erkenntniß offenbar beschwerend ist, nach den §§. 719 und 1178 der Pr. Ordn. die Appellation als unzuläßig und begründet erscheint. Nach Ansicht des §. 707 der Pr. Ordn.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc. Bayer.

IV.

Aus dem Gemeinderecht.

Anfrage.

Ist den Wittwen ein voller Antheil der Bürgergaben zuzuscheiden? wenn der unbestrittene Zustand vor dem 1. Januar 1831 darin besteht:

„die Wittwen die zugleich mit dem Tod ihres Ehemanns dessen Gewerb niederlegen, und als Landwirthe kein Gespann mehr besitzen, erhalten nur die Hälfte der Bürgergaben."

Sind überhaupt die §§. 84, 102, 108 und 113, auf den vierten Abschnitt §. 85 bis 91 incl. in der Gemeindeordnung anwendbar?

Ezel, Bürgermeister.

Antwort der Redaction. Das Gesetz macht in Bezug auf die verschiedene Theilnahme am Bürgergenuß einen Unterschied zwischen den bereits ertheilten Bürgernutzungen und den erst neu zu vertheilenden Allmend- und Gemeindegütern.

Sollen Allmend- oder Gemeindegüter, sei es zu Eigenthum oder zu Genuß, erst neu vertheilt werden, so hat die Theilung in Gemäßheit der §§. 99, 106 und 111 der Gemeindeordnung unter alle Gemeindebürger nach Köpfen zu geschehen, ohne daß es dabei darauf ankäme, ob die Güter als ungetheilt bisher in einem gleichen oder in einem ungleichen Maßstabe benützt wurden, und ob früher ein anderer Theil der Güter bereits in gleichen oder in ungleichen Antheilen vertheilt wurde.

Wo es sich aber nicht um erst neu zu theilende Allmend- oder Gemeindegüter handelt, sondern wo nur von dem Genußverhältnisse bei den schon vor dem Eintritte des neuen Gesetzes zu Genuß vertheilten Allmendgütern, oder bei den bisherigen Holzgaben, die Rede ist, hat das Gesetz eine ähnliche Bestimmung nicht gegeben, es hat nirgends verordnet, daß dabei die Genußtheile, wo sie ungleich sind, allgemein gleichgestellt werden sollen.

Für diese Fälle gibt vielmehr der §. 85 der Gemeindeordnung die Vorschrift, daß

„die Größe der Genußtheile und die Art der periodischen Vertheilung derselben bei getheilten Allmendgütern, so wie die Größe der Bürgerholzgaben"

sich nach dem Zustande vom 1. Januar 1831 zu richten habe, so lang nicht etwa durch einen Beschluß von zwei Drittel der Stimmen aller Berechtigten mit Staatsgenehmigung (§ 151) ein anderer Maßstab eingeführt werde.

Darauf beruht es, daß da, wo Allmendgüter z. B. unter die Bauern, Halbbauern und Taglöhner, zu ungleichen Theilen vertheilt sind, diese Ungleichheit, so lang nicht zwei Drittel der Stimmen etwas Anderes beschließen, fortzubestehen hat, wogegen bei einer neuen Vertheilung eines weitern, bisher etwa noch als Weide benützten, Allmendtheils die Bauern, Halbbauern und Taglöhner gleiche Antheile erhalten.

Nach denselben Grundsätzen wird nun auch die oben hinsichtlich der Genußtheile der Wittwen aufgeworfene Frage zu beantworten seyn.

Werden Allmend- oder Gemeindegüter erst neu vertheilt, so muß nach den ausdrücklichen Vorschriften der §§. 102, 108 und 113 der Gemeindeordnung jeder Wittwe ein gleicher Theil, wie ihr verstorbener Ehemann ihn erhalten haben würde, zugeschieden werden, und es muß alsdann eben darum, wenn ein Bürger stirbt, seiner Wittwe sein Antheil (an dem, erst nach dem 23. April 1832, als nach dem Eintritt des neuen Gesetzes, vertheilten Allmend) unbedingt belassen werden.

Was aber die schon vor dem 23. April 1832 vertheilten Allmenden, oder die schon vor dem 23. April 1831 bestandenen Bürgerholzgaben, betrifft, so muß nach §. 85 überhaupt in Bezug auf die Größe der verschiedenen Genußtheile, folglich auch hinsichtlich der Genußtheile der Wittwen, lediglich der Normalzustand vom 1. Januar 1831 aufrecht erhalten werden, so lange dieser Zustand nicht durch einen Beschluß von zwei Drittel aller Stimmen, mit Staatsgenehmigung, abgeändert wird.

So lang ein solcher abändernder Beschluß nicht erfolgt, wird daher in dem in der obigen Anfrage unterstellten Falle die Wittwe, welche das Gewerb ihres Ehemanns niedergelegt hat, und kein Gespann mehr besitzt, auch unter dem neuen Gesetze nur die Hälfte der Bürgerholzgaben erhalten.

D. R.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 25. Karlsruhe den 18. Juni 1836.

I.

Oberhofgericht.

Verantwortlichkeit der Amtsrevisoren für ihre Theilungskommissäre bei den von letztern gefertigten nichtigen Testamenten, unter Bezug auf Nr. 21, 42, 52 des Jahrgangs der Annalen 1835.

Gegen das Urtheil des Hofgerichts in Rastadt, welches mit seinen Entscheidungsgründen in Nr. 21 der Annalen 1835 mitgetheilt, und wornach ausgesprochen wurde, daß der Amtsrevisor für ein, von seinem Theilungskommissär aufgenommenes, später wegen Formmängeln als nichtig umgestoßenes, Testament nicht hafte, ward die Oberberufung an das großherzogliche Oberhofgericht ergriffen. Solches hat aber das ergangene Urtheil bestätigt, und damit sich nunmehr gleichfalls gegen die Verantwortlichkeit der Amtsrevisoren für die Theilungskommissäre, bezüglich der von ihnen gefertigten nichtigen Testamente ausgesprochen.

In den Entscheidungsgründen des Oberhofgerichts wird von der in Nr. 42 der Annalen 1835 mitgetheilten und wohl auch widerlegten Begründung der Verantwortlichkeit der Amtsrevisoren für ihre Theilungskommissäre aus der zwischen beiden bestehenden Aftergewaltgebung, und aus dem deßhalb anwendbaren L.R.S. 1994 lediglich nichts erwähnt, so daß man wohl anzunehmen berechtigt ist, daß das Oberhofgericht von dieser gewiß nicht im Gesetz und auf diese Weise begründeten Ansicht zurückgekommen ist. Was dagegen die Begründung dieser Verantwortlichkeit aus dem L.R.S. 1384 betrifft, so hat sich das Oberhofgericht nach seinen Entscheidungsgründen für die schon in Nr. 23 der Annalen 1833 und Nr. 21 der Annalen 1835 ausgeführte Ansicht, daß das Rechtsverhältniß dieses S. 1384 gar nicht auf das Dienstverhältniß der Amtsrevisoren zu ihren Theilungskommissären passe, entschieden.

Nach den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen unterstellt nämlich der S. 1384 den Fall, das Jemand vermöge eines Privatvertrags oder vermöge einer ihm vom Staate übertragenen Befugniß gewisse Geschäfte selbst zu verrichten übernommen, deren Verichtung aber einem Andern übertragen habe, allein nach dem ersten Einführungsedikt §. 11 Nr. 2 und dem Organisationsedikt vom Jahr 1809, Beilage C, Nr. 2, §. 39, seie der Amtsrevisor nicht der einzige zu Testamentsfertigungen Berufene, sondern der Theilungskommissär habe dazu das gleiche Recht, wie er, nämlich das Staatsschreibereirecht erhalten, was sich insbesondere daraus bestätige, daß der Amtsrevisor nur an seinem Amtsort Testamente fertige, und daß unter den seiner Revision unterworfenen Geschäften der Theilungskommissäre die Testamente nicht genannt seien. Aber auch der Grund des S. 1384, daß durch die dem Geschäftsgeber auferlegte Verantwortlichkeit für den Geschäftsträger der Erstere abgehalten werde, das Geschäft leichtsinnigen, ungeschickten Menschen anzuvertrauen, passe nicht auf das Verhältniß der Amtsrevisoren und Theilungskommissäre, weil dafür, daß nur Leute mit sittlichem Betragen sich für die Staatsschreibereigeschäfte ausbilden, und dazu als Theilungskommissäre angestellt werden, der Staat sorge, nicht aber der Amtsrevisor.

Damit und mit den weitern Ausführungen über diese Frage in den einschlagenden Abhandlungen der Annalen, wird nun hoffentlich die so lange bestrittene Frage der Verantwortlichkeit der Amtsrevisoren für ihre Theilungskommissäre bezüglich der Testamente verneinend und für immer entschieden seyn, und ich will daher bezüglich des, diese Verantwortlichkeit in einigen Fällen annehmenden, Aufsatzes in Nr. 52 der Annalen 1835 mir nur einige kurze Bemerkungen erlauben. Mit Recht ist von dem Oberhofgericht darauf hauptsächliche Rücksicht genommen worden, daß nach dem Organisationsedikt vom Jahr 1809 unter den von den Amtsrevisoren zu revidirenden Geschäften der Theilungskommissäre die Testamente nicht aufgeführt sind. Wenn nun dieses nach dem betreffenden Aufsatz nichts beweisen soll, weil ja der Amtsrevisor, wenn er das Testament fertige, dafür verantwortlich seie, und doch seine

Digitized by Google

eigene Verantwortlichkeit auch nicht namentlich genannt werde, so ist dieses eine wohl unrichtige Argumentation, und führt zu gar nichts, denn wenn für die Unverantwortlichkeit des Amtsrevisors aus dem Organisationsedikt vom Jahr 1809 nichts folgt, weil seiner eigenen Verantwortlichkeit für persönliche Geschäfte darin keine Erwähnung geschieht, so muß man doch auch annehmen, daß für seine Verantwortlichkeit wegen Geschäften Anderer aus dem Organisationsedikt ebenfalls nichts folgt, denn dieses erwähnt dieser Verantwortlichkeit auch nicht. Die Verantwortlichkeit für eigene Geschäfte folgt aber aus der Natur der Sache, und aus dem gar nicht zu bezweifelnden Satz, daß jeder seine Handlungen zu vertreten und zu verantworten hat, die Verantwortlichkeit für Handlungen Anderer folgt aber nicht aus der Natur der Sache, nicht aus dem natürlichen Recht, sondern muß durch besondere gesetzliche Vorschriften nachgewiesen werden, und eben weil von der Verantwortlichkeit des Amtsrevisors für die vom Theilungskommissär gefertigten Testamente betreffenden Orts keine Rede ist, hat das Oberhofgericht jetzt mit Recht geschlossen, daß sie ihm auch nicht aufliegt. Wenn weiters aus der Vorschrift des §. 41 des Organisationsedikts, daß die Theilungskommissäre alle Geschäfte dem Amtsrevisor vorlegen müssen, etwas auf die Verantwortlichkeit des Amtsrevisors Bezügliches gefolgert werden will, so könnte man vorerst auch sagen, daß dieses dafür nichts beweise, weil ja dabei der eigenen Verantwortlichkeit des Theilungskommissärs für diese Geschäfte nicht Erwähnung geschehe, allein man braucht das nicht, denn die Vorschrift des §. 41 beruht auf dem bekannten Grund und Umstand, daß die Amtsrevisoren das Diarium der Theilungskommissäre zu kontrolliren haben, und daß bei ihnen die Registratur für alle Staatsschreibereigeschäfte sich befindet, und so wenig der Registrator des Hofgerichts für die richtigen Entscheidungen der bei ihm reponirten Processe verantwortlich ist, eben so wenig ist es der Amtsrevisor in der aus dem §. 41 zu entnehmenden Eigenschaft als Registrator der Staatsschreibereigeschäfte. Wenn endlich die Verantwortlichkeit des Amtsrevisors für die Testamente des Theilungskommissärs nur auf die in den Urkunden wahrzunehmenden Mängel beschränkt, und in der Unterlassung der Verbesserung dieser Mängel der Grund der Verantwortlichkeit des Amtsrevisors gefunden wird, so habe ich schon in Nr. 21 der Annalen 1835 gezeigt, daß darin alsdann keine Verantwortlichkeit des Amtsrevisors für den Theilungskommissär, sondern eine Verantwortlichkeit für eigene Nachläßigkeit liege, welche aber gesetzlich deßhalb nicht begründet ist, weil dem Amtsrevisor gerade die Revision der Testamente seiner Theilungskommissäre nicht zur Amtspflicht gemacht worden ist. Ich habe ferner gezeigt, daß eine vernünftige Gesetzgebung gar nicht daran denken kann, die so höchst unbestimmte Frage über die Testamentsförmlichkeiten einem Amtsrevisor dahin in die Hände zu legen, daß er ein Testament umstoßen und eine neue Fertigung verlangen kann, wenn er glaubt, das erste habe einen Formmangel. In welche Lage käme denn der Amtsrevisor, wenn nun der Testator das zweite Testament in seinem Inhalt abänderte? Könnte der zuerst Eingesetzte nicht beweisen, daß das erste Testament doch gültig sei, und könnte er nicht den Amtsrevisor auf Schadensersatz belangen, weil er die zweite Fertigung eines Testaments unbefugter Weise veranlaßt habe? Und binnen welcher Zeit muß denn der Amtsrevisor die neue Fertigung veranlassen, und muß er Entscheidungsgründe wegen des von ihm erblickten Formmangels angeben, welchen dann der neue Testamentsfertiger folgen muß? Und wer ist dann für das neue Testament verantwortlich? Der Theilungskommissär, welcher es in Folge der Dienstweisung des Amtsrevisors aufgenommen hat, doch gewiß nicht. Wahrlich ich hätte gewünscht, eine Widerlegung meiner deßhalb in Nr. 21 niedergelegten Ansicht, und wünsche eine Antwort dieser hier gestellten Fragen zu erhalten, denn eine Berufung auf den badischen Rechtsfreund I. S. 21 ꝛc. ꝛc. kann ich, auch ein Freund des badischen Rechts, nicht als eine, Anderer Ansicht niederschlagende Autorität anerkennen.

Sander.

II.

Bemerkungen zu den Wünschen hinsichtlich der Geschäftsbehandlung bei den Obergerichten in Nr. 19 I. dieses Jahrgangs der Annalen.

Wenn es dorten eine Zeitverschwendung genannt wird, daß lange Entscheidungsgründe vor versammeltem Gericht verkündet werden, und deßhalb mehr die Benutzung des §. 26 der Instruktivverordnung vom Jahr 1832 gewünscht wird, so ist denn doch zu bedenken, daß nach Vorschrift des §. 385, 1122 der Pr. Ordn. die Entscheidungsgründe von dem Urtheil selbst gar nicht getrennt werden sollen, und wenn man auch zugeben will, daß der §. 26 der Instruktivverordnung eine Erleichterung für das Gericht ist, so sollte man doch von dieser Erleichterung, welche für die Anwälte deßhalb eine Last wird, weil sie dann für ihre im Anfang verhandelten Sachen das Ende der Sitzung abwarten müssen, wenn sie die Entscheidungsgründe hören wollen, einen um so sparsamern Gebrauch machen, als es sonst, wie auch die Erfahrung zeigt, gar leicht zur Regel wird, daß nicht nur die Urtheile ohne Entscheidungsgründe, sondern überhaupt nicht einmal die Entscheidungsgründe am Ende

Digitized by Google

der Sitzung verkündet, sondern oft erst 8 — 14 Tage später gefertigt, und den alsdann ausgegebenen schriftlichen Ausfertigungen angehängt werden. Es hat diese Geschäftsbehandlung die schlimmsten Folgen. Vorerst wird die Ergreifung der Rechtsmittel sehr erschwert, denn wenn deren Frist von der Eröffnung des Urtheils an läuft, dem Anwalt aber dessen Entscheidungsgründe nicht bekannt sind, sondern erst 14 Tage nach der Urtheilseröffnung ihm zukommen, so weiß er dann erst die Frage über die Räthlichkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels zu beurtheilen, wenn die Anmeldungsfrist dazu umlaufen ist. Wenn dagegen die Entscheidungsgründe mit dem Urtheil selbst festgesetzt und verfaßt werden, so ist der entscheidende Gerichtshof versammelt, so daß von jedem der Richter alsbald auf die Abfassung der Gründe eingewirkt, und Manches daraus entfernt werden kann, was nicht den Beifall des Gerichts hat. Werden aber die Gründe erst später vom Respicienten allein zu Hause gefertigt, und den übrigen Votanten schriftlich bei der Revision des Urtheilsprotokolls in Zirkel gegeben, so ist der erste Eindruck der mündlichen Verhandlung geschwunden, und man kann nicht mehr so leicht vergessene Gründe auffinden und nachtragen. Irrige aber zu widerlegen ist unthunlich, weil das Gericht nicht alsbald versammelt ist; man müßte eine schriftliche Bemerkung zu den Akten machen, darauf eine Sitzung veranstalten, und alsdann zur Diskussion der bestrittenen Entscheidungsgründe mehr Zeit brauchen, als wenn man alles alsbald mit dem Urtheil in das Reine gebracht hätte. Kommt aber dieses Bemängeln schriftlich verfaßter Entscheidungsgründe einem Votanten mehrmals vor, so sehen die andern darin gar leicht eine Rechthaberei, oder eine persönliche Richtung gegen den Respicienten, und wenn man sonst nicht selten das Unglück hat, anderer Meinung zu seyn, so ist es gar leicht der Fall, daß man eben fünf gerade seyn, und so Entscheidungsgründe hinauskommen läßt, welche die richtigen Rechtsansichten und die wahren Meinungen des Gerichts wahrlich nicht enthalten. Für die Sachwalter und Unterrichter ist dieses aber äußerst nachtheilig, denn indem sie manchmal die Gründe des Erkenntnisses gar nicht erfahren, erhalten sie dagegen Entscheidungsgründe, welchen der Gerichtshof in ihrer spätern Adoption vom Unterrichter, und in Anrufung vom Anwalt, in andern Sachen ganz entgegengesetzte nachfolgen läßt. Die Wichtigkeit der Entscheidungsgründe wird dadurch sehr verkannt, sie sind es, welche hauptsächlich die Oeffentlichkeit des Verfahrens bedingen, und wenn sie nicht mehr öffentlich verkündet, sondern nur den betreffenden Sachwaltern schriftlich zugestellt werden, so bildet die Oeffentlichkeit für die Sachwalter keine Schule des Rechts, denn sie erfahren in den andern vor ihnen verhandelten Sachen wohl die widerstreitenden Meinungen der Anwälte, nicht aber die entscheidende Stimme des Gerichts. Es wird daher von dem §. 26 der Instruktivverordnung um so mehr ein vorsichtiger Gebrauch zu machen seyn, als man es nicht wohl verhindern kann, daß die Anwälte, wenn sie einmal ihr Urtheil haben, fortgehen, und das Ende der Sitzung nicht abwarten, und jedenfalls sollte man von dem §. 26 nur dann Gebrauch machen, wenn die Entscheidungsgründe schon verfaßt sind.

Mit Recht wird es dagegen in obigem Aufsatz getadelt, wenn man die Anwälte über reine Rechtsfragen repliciren und dupliciren läßt, das ist Zeitverschwendung, weil sich jede Rechtsfrage alsbald vollständig entwickeln läßt, und die gegenseitigen Anwälte doch nicht darin einig werden, wer von ihnen Recht hat. Allein wenn man diese wiederholten Rechtsausführungen untersagen, dagegen aber erhebliche Antworten über Thatsachen zulassen will, wenn man die Verhandlungen gerade in ihrer Richtung auf die Thatsachen, und insbesondere auf deren Zulässigkeit in der mündlichen Verhandlung, und auf ihre Aufnahme in das Protokoll richtig, vollständig, und schnell leiten will, so gehört dazu, daß man sich mit dem zu leitenden Rechtsstreit, und insbesondere mit den Thatsachen desselben, schon vertraut gemacht, die Akten vorher gelesen hat, und wenn nun der Präsident dieses nicht gethan hat, so wird es ihm schwer fallen, die Verhandlung richtig zu leiten, und wenn er die Thatsachen des Rechtsstreits gar nicht kennt, so wird er kaum zu beurtheilen im Stande seyn, welche Thatsache neu und erheblich, also der Gegenstand einer Antwort ist, und welche als unzulässig oder unerheblich keiner Ausführung bedarf.

Wenn nun die Leitung der mündlichen Verhandlungen zur Amtspflicht der Gerichtspräsidenten gehört, dieser Pflicht aber ohne vorgängige Instruktion im Processe, ohne vorhergehendes Aktenlesen nicht genügt werden kann, so gehört auch offenbar diese Instruktion, dieses vorhergehende Lesen der Akten des zur Verhandlung kommenden Rechtsstreits zur Amtspflicht der Gerichtspräsidenten, zur Amtspflicht des Respicienten gehört dieses Aktenlesen ohnedies, und wenn also beide Gerichtsmitglieder ihrer Pflicht getreulich und gewissenhaft nachkommen, so haben zwei bei der Entscheidung hauptsächlich mitwirkende Richter eine unmittelbar aus den die Thatsachen des Rechtsstreits enthaltenden Akten selbst entnommene Kenntniß des Rechtsstreits, so daß man den Gerichtspräsidenten um so mehr dem Instruktivvotanten des alten Verfahrens gleichstellen kann, als er auch nach §. 23 der Instruktivverordnung das zweite Votum hat. Die übrigen drei Gerichtsmitglieder erhalten aber ihre Kenntniß des Rechtsstreits aus den Vorträgen der Anwälte, und obschon diese in der Regel mehr Einsicht in die Thatsachen des Processes gewähren, welche hauptsächlich die Grundlage materiell richtiger Entscheidung ist, denn der frühere geheime Vortrag des Referenten, so möchte es immerhin wünschenswerth seyn, daß noch mehr Mitglieder des Gerichts eine unmittelbare Kenntniß des Rechtsstreits aus den Akten haben, als der Respicient und der Gerichtsvorstand. Diese unmittelbare Kenntniß der Akten ist um so nöthiger, wenn nur eine Partei von einem Anwalt vertreten ist; und wenn auch beide Anwälte die Sache verhandelten, so ist immer wohl einer dem andern überlegen, und kann dann leicht dessen unvollständigen, oder unrichtigen Vortrag zum Schaden des Rechts und der richtigen Entscheidung im Interesse seiner Partei benutzen. Um nun dieses zu erreichen, um wenigstens

Digitized by Google

der Majorität die unmittelbare Kenntniß der Thatsachen zu verschaffen, könnte man die einfache Aenderung in der Geschäftsbehandlung treffen, daß die zur mündlichen Verhandlung der Hauptsache selbst ausgesetzten Processe dazu einen andern Respicienten erhalten, so daß also ein Richter die Sache bis zur Aussetzung der Tagfahrt leitet, und alsdann ein anderer sie in dieser Tagfahrt übernimmt. Wenn man alsdann in die Sitzung den Respicienten der Verhandlung, und den neuen Respicienten nimmt, der Gerichtspräsident ohnedies Kenntniß der Sache hat, so sind drei instruirte Richter bei der Entscheidung thätig, und das neue Verfahren erreicht alsdann auch die größten Anforderungen der Sicherung materiell richtiger Urtheile. Ueberdies wäre noch die Einrichtung zu wünschen, daß die Acten der mündlich zu verhandelnden Sachen wenigstens einen Tag vor der Sitzung im Gerichtszimmer aufgelegt würden, damit doch die Richter, denen ihr hohes Amt und dessen gewissenhafte Erfüllung am Herzen liegt, sich in den von ihnen zu entscheidenden Sachen umsehen, und insbesondere alsdann in den zur Entscheidung kommenden Streitfragen sich noch instruiren können. Man würde damit manchen langwierigen Diskussionen vorbeugen, und da man nachgerade auch nicht immer mit allen möglichen Rechtsansichten so ex abrupto vertraut ist, so würde gewiß manche Entscheidung richtiger, und ihre Begründung gereifter ausfallen, wenn man vorher Gelegenheit gehabt hätte, sich Kenntniß und Wissenschaft über die zu entscheidenden Rechtsfragen zu verschaffen, als wenn man so geradezu über verwickelte Rechtsfragen deßhalb sogleich votiren soll, weil andere Votanten in ihrer Unkenntniß des Standes der Wissenschaft in dieser Frage ihre Zweifellosigkeit mit der Unzweifelhaftigkeit der Frage verwechseln.

Mit Recht wird sich aber in obigem Aufsatz gegen das Verschieben der auf der Gerichtsrolle stehenden Sachen bis zu einer andern Gerichtssitzung ausgesprochen, und wenn auch die Parteien nicht anwesend sind, so sollte dieses nie vorkommen, und wo es vorkommt, abbestellt werden. So gar anstrengend ist es doch nicht, vielleicht ein- oder zweimal im Monat eine Sitzung bis 2 oder 3 Uhr Nachmittags zu haben, und da der §. 22 der Instruktivverordnung überhaupt zur Fortsetzung angefangener Verhandlungen außerordentlicher öffentlicher Sitzungen erwähnt, so kann man um so eher in Fällen, wo viele Sachen auf der Rolle stehen, und die Verhandlungen sich verlängern, die Sitzung für die Mittagszeit unterbrechen, und Nachmittags die Sachen vornehmen und erledigen, welche man Vormittags nicht mehr verhandeln konnte, und deren unausgesetzte Verhandlung für Diesen oder Jenen zu anstrengend wäre.

***

III.

Ein Versäumungserkenntniß ohne Anrufen

In Sachen Rindeschwender gegen Junghanns pt. dissamationis machte das großherzogliche Hofgericht des Unterrheins dem Provokaten die Auflage, sich über die Aechtheit der vom Provokanten vorgelegten Briefe in einer von dem Amte M. anberaumt werdenden Tagfahrt zu erklären, indem sonst im Nichterscheinungsfalle diese Urkunden für anerkannt angenommen werden. Der Provokat erschien in der Tagfahrt nicht, sondern übergab einige Tage später eine Erklärung, wornach er, unter Anführung seiner Gründe, sich nicht für schuldig hält, die Urkunden anzuerkennen oder ihre Aechtheit abzuläugnen, und stellte dem Ermessen des Gerichtshofs anheim, auf seine Erklärung zu erkennen was Recht ist.

Hierauf wurden nun, ohne diese Erklärung dem Gegentheil mitzutheilen, und ohne dessen Anrufen abzuwarten, die Urkunden für anerkannt angenommen! und das schon früher zu den Akten notirt gewesene Urtheil publizirt.

Obschon der §. 5 der Proceßordnung ganz klar sagt, daß die Gerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur auf Anrufen der Betheiligten und niemals von Amtswegen zu verfahren haben, ausgenommen, wo sie durch die Gesetze hiezu angewiesen sind; und obschon der §. 654 der Proceßordnung die weitere klare Bestimmung gibt, daß die angedrohten Folgen der Versäumnisse nur auf Anrufen der Gegenpartei ausgesprochen werden sollen, so muß es auffallend erscheinen, wie darauf hin ein solches Versäumungserkenntniß gegeben werden mochte.

Zur Notiz diene hier nur noch, daß dieses Erkenntniß vom großherzoglichen Oberhofgerichte natürlich kassirt wurde.

Schwab.

Anzeige.

Mit Nummer 27 beginnt das dritte und vierte Quartal des vierten Jahrgangs dieser Zeitschrift, oder Juli bis Dezember 1836, Preis 2 fl. 30 kr., und es wird diesen Titel und Register zum ganzen Jahrgang beigegeben. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß diese aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir, die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 26. Karlsruhe den 25. Juni 1836.

I.

Ueber die Ausnahmen des L.R.S. 1326. Verschiedene Entscheidungen desselben Gerichtshofs, und Vorschlag, wie dem Mißstand vorgebeugt werden könnte.

Bei dem Hofgerichte des Oberrheins wurde die bekannte Kontroverse: „ob die Ausnahmen des L.R.S. 1326 allgemein von den dort genannten Personen (subjektiv), oder nur von den eigentlichen Gewerbsgeschäften derselben (objektiv) zu verstehen seien," in dem Zeitraum von einem Vierteljahr in den beiden Senaten auf entgegengesetzte Weise entschieden. In einem Falle, in welchem Barn. Gynzburger auf einen blos mit der Namensunterschrift des Schuldners, eines Ackersmanns, versehenen Schuldschein 27 Louisd'or eingeklagt hat, während der, seine Unterschrift anerkennende, Schuldner behauptete und noch auf dem Sterbebette seinem Seelsorger betheuerte, daß er dem Gläubiger nur so viele Gulden schulde, als ihm nun Louisd'or betrüglich gefordert werden, und daß ihm, da er selbst des Lesens unkundig, vom Gläubiger vor seiner Unterschrift nur ein Schuldbetrag von so vielen Gulden vorgelesen worden sei; erkannte der zweite Senat am 20. Jan. d. J., mit Umgehung des Begehrens der Erben des inzwischen verstorbenen Schuldners, dem Gläubiger, da es sich nicht um ein gewöhnliches Geschäft seines Berufs handle, wenigstens noch den Notheid aufzutragen, die appellantischen Erben unbedingt für schuldig, 27 Louisd'or zu bezahlen. Die hieher gehörigen Entscheidungsgründe lauten:

J. E., daß zwar die Urkunde nicht ganz von der Hand des Ausstellers geschrieben ist, auch den Beisatz „gut" mit Beifügung der Summe in Worten nicht enthält;

daß jedoch der Beklagte dem Stande der Ackerleute angehörte, also die Regel des L.R.S. 1326 hinsichtlich der von ihm ausgestellten Urkunden eine Ausnahme erleidet;

daß zwar der Schuldschein nicht in den „häuslichen Lebensgeschäften" des Beklagten oder in den „seinen Stand betreffenden Angelegenheiten" ausgestellt ist;

daß jedoch diese Unterscheidung im Gesetze nicht gemacht, und kein Grund vorhanden ist, der den Richter zu einer solchen Unterscheidung berechtigte, da die im zweiten Absatz enthaltene Ausnahme, wenn sie gleich die Regel des ersten Absatzes in den erheblichsten Fällen zernichtet, doch keinen Widerspruch in sich enthält, vielmehr daraus entnommen werden kann, daß der Gesetzgeber, indem er auf einer Seite ein Schutzmittel gegen List und Betrug geben wollte, doch diese Rücksicht nicht so überwiegend hielt, um auf der andern Seite dem schnellen ungehinderten Geschäftsverkehee Fesseln anzulegen, oder dem unredlichen Schuldner durch die Vorschrift einer leicht zu übersehenden Formalität die Mittel an die Hand zu geben, sich seiner Verbindlichkeit zu entziehen.

In einem andern ähnlichen Falle dagegen, in welchem dem Kläger, Vorsteher Gynzburger, vom Beklagten der Vorwurf gemacht ward, daß er seine Unterschrift durch Umbiegen des obern Theils des halben Bogens, auf dessen unterer Hälfte er vermeintlich für eine Terminszahlung unterzeichnet, für die eingeklagte Bürgschaft erschlichen habe, welche letztere er für den auf der obern Hälfte stehenden Schuldschein in die Quittung über die Terminszahlung eingeflochten, wurde vom ersten Senat am 14. September v. J. durch Zwischenbescheid erkannt: daß der Kläger vorerst den Bestand der Schuld, für die er Bürgschaft anspreche, zu erweisen habe, indem man nach den Entscheidungsgründen den ebenfalls blos mit einfacher Namensunterschrift unterzeichneten Schuldschein darum nicht als beweisend ansah, weil er die Erfoedernisse des L.R.S. 1326 nicht habe, und das Geschäft nicht unter die Gewerbsgeschäfte des Schuldners, der auch in die Klasse der Ackerslente gehörte, gezählt werden könne. Der Kläger blieb, im Vorbeigehen bemerkt, bis jetzt (Mai) mit dem Beweis und jeder weitern Verfolgung dieses Streits zurück.

Welche Ansicht ist nun die richtige? Keiner fehlt es an Gründen, und jede hat gewichtige Autoritäten für sich, die zuletzt angeführte, namentlich die des großherzoglichen

Digitized by Google

Oberhofgerichts (Jahrb. Jahrg. V S. 34 und VII S. 154 und 155) und Brauers; die erstere dagegen die der französischen Gerichtshöfe und Kommentatoren. Bei Prüfung der für beide Ansichten sprechenden Gründe fühlt man sich allerdings bald auf die eine bald auf die andere Seite hingezogen, je nachdem man mehr für Billigkeit gestimmt ist, oder sich streng an die Rechtsgründe halten will. Die letzteren, die in der Wagschale des Richters allein den Ausschlag geben, scheinen mir überwiegend auf der Seite der erstern Ansicht zu stehen.

Zunächst spricht dafür die grammatische Auslegung. Das Gesetz führt in der Ausnahme nicht die Geschäfte, sondern die Personen zur Bezeichnung auf; es heißt nicht: die Urkunden, welche Geschäfte der Handelsleute, Ackersleute ꝛc. betreffen, sondern: die Urkunden der Handelsleute, Ackersleute, d. i. die Urkunden, welche von diesen Personen, Personen dieser Klassen, ausgehen (qui émanent, nach dem Originaltext). Wo aber das Gesetz sich so allgemein ausdrückt, umfaßt es alle Fälle, die sich unter den Ausdruck reihen lassen, nicht blos einen Theil derselben, und der Richter darf, nach bekanntem Grundsatze, da nicht unterscheiden, wo das Gesetz selbst nicht unterscheidet.

Bei dieser Bestimmtheit der Worte scheint eine anderweitige Auslegung weder nöthig noch zulässig zu seyn.

Aber auch nach der logischen Auslegung ergibt sich dasselbe Resultat. Es ist ein in der Natur der Sache liegender Grundsatz, daß man sich bei jedem Gesetzbuch allernächst an die in diesem selbst aufgestellten Auslegungsregeln halten muß. Nach L.R.Zus. 4a hat man nun, wofern man in der in Frage stehenden gesetzlichen Verfügung einen „bestimmmten Ausspruch" vermißt, zunächst auf den Grund und Zweck des Gesetzes zu sehen, so weit solche aus ihm erkennbar sind. Aber nicht auf den Grund und Zweck der Regel, sondern der Ausnahmen kommt es hier an. Diese waren nach der Wahl der Ausnahmen, verglichen mit dem in der Regel aufgestellten Grundsatze, offenbar keine andern, als einestheils den Verkehr nicht allzusehr zu erschweren, und anderntheils die gedachten Personen von den lästigen Mühen und den Kosten einer anderweitigen Beurkundung durch Notäre ꝛc. zu befreien, da sie zur Beobachtung der durch die Regel vorgeschriebenen Formalitäten nicht hinreichend im Schreiben geübt zu seyn pflegen. Der erste Grund schlägt besonders bei den Handels- und Gewerbsleuten an; der andere und wohl nebenbei zugleich auch noch der erste bei den übrigen Klassen, der Ackersleute ꝛc. Diese, aus dem Gesetze selbst hervorgehende Annahme wird auch wirklich historisch bestätigt. Obschon nach S. 4a Grund und Zweck des Gesetzes nur in so weit, als sie sich aus dem Gesetze selbst erkennen lassen, zur Auslegung aufgesucht werden sollen, und im Allgemeinen die historische Auslegungsart gegründeten Bedenken unterliegt, so kann sie doch da nicht ganz gewichtlos seyn, wo sie mit den auf ersterem Wege gefundenen Ergebnissen übereinstimmen. Nun finden sich aber wirklich schon in einer Ordonnanz von 1733, die im Wesentlichen dieselbe Bestimmung, wie der S. 1326 des C. c. enthält, und bei Merlin, Repertoire, m. billet, vollständig mit den Motiven abgedruckt ist, jene Gründe ziemlich deutlich angegeben. Im Eingange werden die öfter vorgekommenen Betrügereien, zu welchen Urkunden mit bloßen Unterschriften von der Hand des Schuldners benutzt wurden, und die Absicht, diesem Unfug ernstlichst zu steuern, angeführt, sodann die Ausnahmen damit motivirt, daß die Beobachtung der vorgeschriebenen Formalitäten bei den ausgenommenen Personen „schwer und oft selbst unmöglich" seyn würde; und Pothier erläutert diese Motive (nach Maleville, Analyse ad h art.) dahin, daß der Verkehr gehemmt würde, wenn man die in den Ausnahmen begriffenen Menschenklassen, welche gewöhnlich nur ihren Namen schreiben können (was freilich nicht auf alle angeführten Klassen paßt) *), an diese Formen binden wollte. Nach den Diskussionen im Staatsrath kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß dieser ganze Artikel aus jener ältern Verordnung hergenommen wurde. Maleville wies dabei ausdrücklich darauf hin, daß schon diese Deklaration auf ähnliche Weise dem Betrug zu begegnen gesucht habe. Der Artikel wurde auf diese Bemerkung im Staatsrathe nach dem Projekt angenommen, in welchem es hieß: „où l'acte émane de comerçants, d'artisans et de laboureurs ou autres gens de campagne." Diesem ähnlich hieß es in der Ordonnanz: „manouvriers et autres de pareille qualité." Auf den Vorschlag des Tribunats gab man aber dem Artikel die bestimmtere Fassung, wie er jetzt lautet. Die vornehmsten französischen Autoren sehen auch darin blos eine Erneuerung jener Deklaration, nur bündiger gefaßt. Merlin, Rep. l. c. Toullier, l. dr. civ. B. VIII, S. 437. Hiernach hatte man also bei der ursprünglichen Erlassung des Gesetzes hinsichtlich der Ausnahmen die aufgeführten Klassen der Gesellschaft im Allgemeinen (*gens* de pareille qualité) im Auge, nicht aber ausschließlich die Geschäfte, die vorzugsweise diesen Ständen angehören. Die gleiche Auslegung ergibt sich auch aus dem Geist und der Rechtsähnlichkeit des Gesetzbuchs, welches nach S. 4a weitere Quellen für die Erforschung des wahren Sinnes des Gesetzes sind. Die französischen Gesetzgeber verfaßten den Code für eine Nation, deren Handel und Industrie blühten, und

*) Und was freilich in Frankreich, wo der Volksunterricht noch auf so niederer Stufe steht, mehr wahr ist, als bei uns.

D. R.

Digitized by Google

nach dem Streben des damaligen Staatsoberhauptes auf den höchsten Gipfel des Flors gesteigert werden sollten. Die größtmögliche Erleichterung des Verkehrs mag daher bei Bestimmungen der Art allerdings ein vorherrschendes, das spezielle Interesse dieser Klassen noch überwiegendes, Motiv gewesen seyn. Hätte ferner der Gesetzgeber die strenge Unterscheidung hinsichtlich der Gewerbsgeschäfte von den andern machen wollen, so würde er es bemerkt haben, wie er dies in ähnlichen Fällen nicht unterließ, z. B. in den L.R.Sätzen 2271 und 2272. Hier würde dem Gesetzgeber die Bezeichnung: die Klagen der Hauswirthe und Kostgeber, der Arbeiter und Taglöhner, Aerzte, Apotheker ꝛc. ꝛc., Kaufleute ꝛc., schon genügt haben, wenn er von der Ansicht ausgegangen wäre, daß unter der Bezeichnung dieser Klassen der Gesellschaft, dieser Gewerbsleute, nichts anderes, als die unmittelbar das Gewerb betreffenden Geschäfte oder Klagen zu verstehen seien. Daß er diese Bezeichnungsart aber nicht gewählt, beweist, daß er damit nicht denselben Sinn, folglich den weitern, allgemeinen, verband, da man annehmen muß, der Gesetzgeber habe keine überflüssigen Worte brauchen wollen. Eben so nennt der Code bei den Vorzugsrechten (z. B. in den S.S. 2101 bis 2103) überall ganz genau das Geschäft, die Forderung, welche Vorrechte haben sollen, und begnügt sich nicht mit der Angabe der Personen oder Gewerbsklassen. Er hätte nach der bestrittenen Auslegungsart alsdann kürzer gesagt: „die Dienstleute, Bäcker, Mezger ꝛc. von den letzten 6 Monaten her." Er hätte dieser kürzern Ausdrucksweise sich um so eher bedienen können, als die Vorzugsrechte wie die Verjährung, als singuläre Rechtsinstitute, nur die einschränkende Erklärung zulassen; dennoch zog er die genauere Bezeichnung vor, welche Nachweisung man leicht durch andere Beispiele vervielfältigen könnte. Alles führt zur Ueberzeugung hin, daß der Gesetzgeber, wo er eine Beschränkung wollte, sie auch ausdrückte. Bemerkenswerth ist hiebei, daß man in Frankreich, wo man doch den Geist dieses Gesetzes am besten können dürfte, nicht daran denkt, die Ausnahmen des S. 1326 in einem andern als dem allgemeinen (subjektiven) Sinne zu nehmen, wie sich aus einer Reihe von arrêts der Gerichtshöfe und den Kommentatoren nachweisen läßt. So bemerkt Duranton in seinem cours de droit français t. XIII S. 188 ausdrücklich: „L'art. 1326 n'établit l'exception qu'en raison de *la qualité de la personne*, et non en raison de la *nature de l'affaire*." S. ferner Toullier (3. Ausg.) l. c. S. 437 flg. Sirey, B. XXIX, 1, 88 (in den von Laukhart mitgetheilten Rechtsfällen abgedruckt), wornach der Kassationshof auch nur auf die Personen, nicht auf die Natur des Geschäfts sieht, dasselbe geschieht in einer spätern Entscheidung des Kassationshofs im Jahr 1831, Sirey B. XXXI, 2, 225, wo eine Frau auf einen derartigen Schein bei einer Darlehensforderung von 1500 fl. für schuldig erklärt wird, weil sie zur Klasse der Ackersleute gehöre. Man würde daher beinahe zu befürchten haben, bei einer gründlichen Erörterung der Streitfrage sich dem Vorwurfe unnöthiger Ausführlichkeit auszusetzen, wenn nicht gerade die wiederholt ausgesprochene Ansicht unseres obersten Landesgerichtshofs und die Folgen solcher Entscheidungen die Nothwendigkeit einer genauern Prüfung darlegten. Das Oberhofgericht hat außer Brauers Erläuterungen noch „Sirey 11, 237" und Zachariä für seine Entscheidung angeführt. Allein bei Sirey steht am allegirten Orte kein Wort dafür, und Zachariä scheint, wenigstens nach der 3. Ausgabe seines Handbuchs, B. IV, S. 391, Note 21, eher für die hier vertheidigte Ansicht zu sprechen, wenigstens sagt er nichts, was mit Bestimmtheit für die entgegengesetzte Ansicht spräche, und eine Begründung derselben gewährte. Gleichwie die oberhofgerichtliche Ansicht demnach von Autoritäten verlassen ist, so reichen auch offenbar die von diesem Gerichtshofe selbst angeführten Gründe nicht aus. So kann davon, ob für den ersten Theil des Satzes, die Regel, mehr oder weniger Fälle stehen bleiben, oder für den zweiten, die Ausnahme, die Richtigkeit der Auslegung da durchaus nicht abhängen, wo einmal der Ausspruch des Gesetzes so bestimmt lautet. Ist dem wirklich so, alsdann könnte man blos die Zweckmäßigkeit der Redaction bezweifeln. Daß ferner, nach der Meinung des Oberhofgerichts, bei der unbeschränkten Auslegung die Mißbräuche gerade da weniger beseitigt würden, wo der Schutz des Gesetzgebers am nöthigsten wäre, kann wieder kein Grund zur Abgehung von der bestimmten Vorschrift für den Richter seyn; er kann alsdann nur sagen: es ist ein hartes, und, wofern dieser Schutz das Wesentlichste wäre, ein unpassendes Gesetz, aber er muß es anwenden, so lange es besteht. Es ist ganz richtig, daß die Gesetzgebung durch den Artikel den vielfachen und leicht möglichen Betrügereien mit solchen Scheinen abhelfen wollte; es ist aber nicht minder richtig und klar ausgesprochen, daß der Gesetzgeber bei den ausgenommenen Personen die eingeführte Neuerung nicht wollte, sondern die Rücksichten auf raschen Verkehr und auf Befreiung dieser weniger schreibkundigen Klassen von den Kosten umständlicher Beurkundung für überwiegend hielt. Mag er sich dabei geirrt haben, mögen diese Unterstellungen wenigstens jetzt und bei uns selbst aller wahren Grundlage entbehren; damit gelange ich immer nur zu dem Schlusse, daß unser Gesetzgeber das Gesetz ändern sollte. Für ihn hat der Grundsatz: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, vollwichtige Bedeutung; den Richter würde er auf Irrwege leiten. Dieser hat sich nun einmal an das Prinzip zu halten, das (ob richtig oder unrichtig) der Gesetzgeber sich bei Erlassung seines Gesetzes der Ausnahmen als leitende Norm vorhielt.

Digitized by Google

Allerdings scheint sich dabei zu Gunsten der einschränkenden Auslegung das Bedenken zu erheben, daß in allen denjenigen Geschäften, welche die bezeichneten Gewerbe nicht betreffen und gleichwohl von den ausgenommenen Personen ausgehen, die Rücksichten, die den Gesetzgeber bei der Ausnahmsbestimmung leiteten, nicht zutreffen, diese Geschäfte vielmehr zwischen die Grenzlinien der Regel fallen. Allein, man muß doch zugeben, daß diese Geschäfte die weit geringere Zahl bilden und ist dann zur Annahme berechtigt, daß der Gesetzgeber dieserwegen keine Abweichung von seinem Ausnahmsprinzip statuiren wollte. Hierher passen die Worte der L. 4, 5 de LL. (1, 2). Ex his quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter, et facile, quam quæ perraro eveniunt.

Man könnte ferner einwerfen, die Ausnahmen sollen immer im strengsten Sinne genommen werden. Allein auch dieser Satz ändert da nichts, wo die bestimmten Worte keinem gegründeten Zweifel über die Absicht des Gesetzes Raum lassen. Eben so könnte man endlich noch zu Gunsten der beschränkenden Auslegung den Satz anzuführen versucht seyn: wo das Gesetz Jemanden eine Begünstigung zuwenden wolle, sei es alsdann, wenn die vermeintliche Begünstigung ihm zum Nachtheil gereichen würde, im strengsten Sinne auszulegen. Wenn man aber auch zugeben wollte, daß die Ausnahmen ausschließlich auf der Absicht einer Begünstigung dieser Klassen beruhen, was sich noch bezweifeln läßt, so stünde auch hier der bestimmt ausgesprochene Wille des Gesetzgebers entgegen.

Es wird bei diesen überwiegenden Rechtsgründen kaum mehr nöthig seyn, noch darauf aufmerksam zu machen, daß es sehr schwer seyn möchte, überall herauszufinden, ob ein Geschäft zu dem Gewerb gehöre oder nicht, da in diesen Klassen der Gesellschaft wohl die meisten vorkommenden Geschäfte bei näherer Untersuchung, wo nicht nähern, doch entferntern Bezug auf das Gwerbe haben. Wenn man einmal dieser Untersuchung Statt gibt, so ist bei dem nothwendig großen Spielraum des richterlichen Ermessens den Processen damit ein weites Thor geöffnet, dessen Verschließung wohl auch in der Absicht des Gesetzgebers liegen konnte; die Aufnahme eines Kapitals z. B. kann bei einem Ackersmanne sowohl als irgend ein anderes Geschäft zu seinem Gewerbe, dessen Betrieb ꝛc. gehören, und doch ist dies gerade der Fall, den die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht ganz vorzüglich der Wirkung der Ausnahmsbestimmung entziehen wollen. Man kann den Personen, denen dieses zweideutige Privilegium zu Theil geworden, einstweilen nur rathen, daß sie, sofern sie schreibkundig sind, sich vorsehen und selbst schreiben, und dafern sie blos ihren Namen zu schreiben verstehen, einen Zeugen, oder bei wichtigern Geschäften einen Staatsschreiber zu Hülfe nehmen mögen. Gerade weil sie aber dadurch zu den Nachtheilen, die der Gesetzgeber zu vermeiden suchte, geführt werden, wofern sie nicht das Opfer der Betrüger werden wollen, und auch dieser Rath, wenn er an alle Ecken der Straßen angeschlagen würde, die Mißbräuche nicht ganz zu heben im Stande wäre; anderntheils aber auch und vorzüglich, weil in unserm Staate, in welchem anerkannt der Schulunterricht weiter voran ist, als in Frankreich, die Gründe der Ausnahmen nicht in gleichem Grade vorhanden sind, während die der Regel des Satzes unterliegenden Gründe gerade bei den meisten der Ausnahmen in noch stärkerem Grade vorhanden seyn möchten, muß ich der Ansicht Malevilles in seiner Analyse beitreten, daß es am besten wäre, sich in allen Fällen an die Regel zu halten. Wenigstens aber erscheint die Beschränkung der Ausnahmen auf die Geschäfte der Handelsleute und Fabrikanten durch die erheblichsten Gründe geboten. Nicht nur das Recht, auch die Moral würde dabei gewinnen; die angeblich begünstigten Personen würden sicherlich besser fahren, wenn sie gegen die geringe Unbequemlichkeit den Schutz wider Ueberlistung erlangten, den bis jetzt die Regel des Satzes den nicht Begünstigten(!) verlieh; und warum die Gläubiger bei diesen Klassen anders und besser als bei den andern daran seyn sollen, läßt sich nicht einsehen; die geringe Hemmung des Verkehrs könnte aber gegen diesen Vortheil nicht in Vergleichung kommen.

Nachdem es sowohl in Frankreich als bei unserem obersten Gerichtshofe anerkannt ist, daß die bloße Unterschrift wenigstens den Anfang eines schriftlichen Beweises herstelle, — Duranton, t. XIII, p. 198 ff. Toullier, t. VIII, p. 416 ff. Paillet, manuel, ad Art. 1326. Sirey, t. XXXII 1, 251 (t. XXXI enthält ebenfalls mehrere Entscheidungen in gleichem Sinne), Jahrbücher des großherzoglichen Oberhofgerichts, — der allgemeine Ausdruck des L.R.S. 1347 diese Ansicht auch vollkommen rechtfertigt, so scheinen die Besorgnisse gehoben zu seyn, die man früher wegen etwaiger Böswilligkeit der Schuldner im Interesse der Gläubiger hegte. Der Gläubiger braucht ja dann nur das Suppletorium zu schwören, oder einen Zeugen beizuziehen, und dem armen Schuldner ist gegen den Betrüger geholfen; die Meisten, welche den unrechten Gewinn wohlfeilen Kaufs mitnehmen, wollen ihn doch nicht mit einem Meineide erkaufen. Im oben erzählten ersten Falle hätten sich die Erben des Schuldners glücklich geschätzt, wenn auf den Notheid des Gläubigers hätte erkannt werden können.

Nun noch ein Wort über den Mißstand solcher, aus dem Schoße desselben Gerichtshofs hervorgehenden verschieden-

Digitized by Google

artigen Entscheidungen. Diese in so kurzer Zeit auf einander gefolgten verschiedenen Entscheidungen desselben Gerichtshofs müssen gewiß in jedem Freunde einer gleichförmigen Rechtspflege und des Ansehens der Gerichte den Wunsch erregen, daß derartige Erscheinungen nicht mehr vorkommen möchten. Das Vertrauen auf die Rechtspflege muß geschwächt werden, wenn man sieht, daß dasselbe Gericht heute so, morgen anders urtheilt, und daß der Gewinn oder Verlust einer Sache von dem zufälligen Umstande abhängt, ob der Beklagte oder der Streitgegenstand in das Amt X oder Z gehöre. Der Chikane dagegen werden solche Widersprüche zur Aufmunterung dienen. Ich will damit keineswegs gesagt haben, daß die Ueberzeugung der Konsequenz aufgeopfert werden solle. Es ließe sich meines Dafürhaltens leicht ein Ausweg in der Anordnung finden, daß in jedem Falle, wo sich bei der Abstimmung ein solcher Zwiespalt mit einer schon vorliegenden Entscheidung desselben Gerichtshofs ergibt, das Urtheil nicht publizirt werden dürfte, sondern an das Plenum gebracht werden müßte, dessen Entscheidung sodann so lange maßgebend wäre, bis eine ähnliche Meinungsverschiedenheit eines Senates auf demselben Wege ein anderes Plenarerkenntniß herbeigeführt hätte. Beim Mangel der Staatsanwaltschaft, welche da, wo sie besteht, hierauf ihre Aufmerksamkeit richtet, würde die dazu nothwendige Aufsicht den Vorständen der Gerichtshöfe empfohlen werden dürfen.

Dr. Zentner.

II.

Ueber die Ersitzung der Dienstbarkeiten unter Bezug auf die Rechtsfälle von Laukhard Bd. II, H. 1, XVI.

Man hat es auch bei dem hiesigen Hofgericht schon mehrfach versucht, eine Erwerbung von offenen selbstständigen Dienstbarkeiten durch einen mit einem Rechtstitel versehenen zehn- oder zwanzigjährigen Besitz durchzusetzen, allein man hat solchen Versuch bis jetzt immer zurückgewiesen. Die von Laukhard mitgetheilte Entscheidung des Kassationshofs wird dazu mächtig beitragen, die Verwerflichkeit der zehn- oder zwanzigjährigen Ersitzung darzuthun, und wird in dieser sehr praktischen Frage die Trefflichkeit des Unternehmens, uns auf gleicher Höhe des Stands der Gerechtigkeitspflege nach dem Code Napoleon mit den französischen Gerichten zu halten, um so mehr bewähren, als ich schon mehrmal mit Freuden zu bemerken hatte, daß man auf die mitgetheilten Entscheidungen Gewicht legt, und daß so manche irrige Auslegungen des Landrechts verschwinden, wenn sie auch auf Entscheidungen unserer Gerichtshöfe gebaut waren. Zur Bestärkung der Verwerflichkeit der zehn- oder zwanzigjährigen Ersitzung läßt sich aber noch außer den mitgetheilten Entscheidungsgründen des Kassationshofs Folgendes anführen. In den die zehn- oder zwanzigjährige Ersitzung bestimmenden Sätzen 2265, 2266 wird nur von der Ersitzung des Eigenthums gesprochen, nun ist aber eine Dienstbarkeit ein anderer Rechtsgegenstand als das Eigenthum, und sonach kann nach der ganz klaren Vorschrift des S. 2264 der nur von der Ersitzung des Eigenthums handelnde Abschnitt III. des XX. Titels des III. Buchs nicht auf die Verjährung der Dienstbarkeiten angewendet werden. Will man aber auch davon absehen, so ist es eine nicht zu bezweifelnde Thatsache, daß die im S. 2265 erwähnte gesetzmäßige Eigenthumsurkunde von dem Nichteigenthümer ausgehet, und nur in so fern für den von ihm Erwerbenden einen Rechtstitel gewährt, als sie nach S. 2267 förmlich, d. h. als Urkunde gültig ist, und der Erwerbende nicht wußte, daß jener, von dem er das Grundstück erwirkt, kein Eigenthums- beziehungsweise Dispositionsrecht darüber hatte. Darin liegt die redliche Weise der Erwerbung, und in so fern erkennt die Gesetzgebung an, daß das Eigenthum eines Grundstücks auch aus Rechtshandlungen des Nichteigenthümers und einem darauf gegründeten Besitz erworben werden kann. Vergleicht man dagegen mit diesen Vorschriften den S. 690, so findet man alsbald, daß er die Erwerbungen der Dienstbarkeiten an zwei sich gegenüberstehende Rechtsverhältnisse bindet, an Vergünstigung, oder an dreißigjährigen Besitz. Unter Vergünstigung ist nun nichts anderes zu verstehen, als das, was man einen Rechtstitel der Dienstbarkeit nennt, und indem nun die zweite Erwerbsart nicht wie im S. 2265 auch von einem Rechtstitel und einem Besitz spricht, sondern nur vom dreißigjährigen Besitz, also allein von einer selbstständigen Handlungsweise des Erwerbers der Dienstbarkeit, so wird man die im S. 2265 geschehene Verbindung des kürzern Besitzes mit einem Rechtstitel zum Zweck der rechtsgültigen Erwerbung eines Grundstücks für den S. 690 nicht annehmen dürfen, weil er dieser Verbindung nicht erwähnt, sondern gerade umgekehrt Rechtstitel — Vergünstigung — und dreißigjährigen alleinigen Besitz sich gegenüber stellt. Wie wir aber gesehen haben, so hat der im S. 2265 erwähnte Rechtstitel von dem Nichteigenthümer, oder wie aus dem Gegensatz des S. 2266 zu entnehmen ist, von dem nicht wahren Eigenthümer auszugehen, so daß die Einrede, daß Derjenige, von dem der Rechtstitel des S. 2265 herrühre, nicht Eigenthümer seie, gar keiner Beachtung deßhalb werth ist, weil gerade darin die Voraussetzung der zehnjährigen Ersitzung liegt. Nach S. 686 kann dagegen die Belastung einer Liegenschaft mit einer Dienstbarkeit nur von dem Eigenthümer ausgehen, und dieses Erforderniß ist gerade wieder für die einem

Digitized by Google

Rechtstitel gleichgestellte Widmung des S. 692 dadurch bestätigt, daß nur die Widmung des Eigenthümers den Rechtstitel der Dienstbarkeit darstellt. Hieraus folgt nun, daß bei Dienstbarkeiten es zur rechtlichen Gültigkeit des Titels überhaupt gehört, daß derselbe vom Eigenthümer ausgegangen ist, und daraus folgt wieder, daß der vom Nichteigenthümer ausgegangene Verwilligungstitel einer Dienstbarkeit in sich nichtig ist, und durch einen zehn- oder zwanzigjährigen Besitz nicht vervollständigt werden kann, sondern nur durch dreißigjährigen Besitz, der aber dann überhaupt keinen Rechtstitel braucht.

In dem mitgetheilten Rechtsfall hatte aber der die Dienstbarkeit ansprechende Kläger gar keinen Rechtstitel der Dienstbarkeit, denn sein angeblicher Titel bestand nur darin, daß er das Haus, welchem die Dienstbarkeit zustehen sollte, schon vor zehn Jahren mit dem äußern Zeichen der Dienstbarkeit gekauft habe. Allein dies wäre, wenn es sich von der Ersitzung des Hauses selbst gehandelt hätte, wohl ein Rechtstitel des S. 2265 gewesen, will man aber von einem Rechtstitel einer Dienstbarkeit sprechen, so muß man ein Rechtsgeschäft nachweisen, welches über die Verwilligung der Dienstbarkeit selbst ergangen ist, und welches als seinen Inhalt besagt, daß einem Grundstück, als solchem, diese oder jene Dienstbarkeit zustehe. Das äußere Zeichen der Dienstbarkeit, hier das Fenster, ist aber nie der Rechtstitel der Dienstbarkeit, sondern lediglich nichts als die Ausübung des Besitzes, und wo es auf diesen allein ankommt, kann man nicht sagen, weil das äußere Zeichen des Besitzes zehn Jahre dauerte, so liegt darin der Rechtstitel, folgeweise die Hinlänglichkeit des zehnjährigen Besitzes. Auch bei dem dreißigjährigen Besitz muß ja gerade der Besitz dreißig Jahre dauern, also das äußere Zeichen dreißig Jahre bestehen, und wäre der Bestand des äußern Zeichens der Rechtstitel der Dienstbarkeit, so bedürfte es in keinem Fall des dreißigjährigen Besitzes. Ein solcher brauchte gar nicht rechtlich vorzukommen, und eben weil ihn der S. 690 voraussetzt, beweist er damit, daß das äußere Zeichen nie ein Rechtstitel der Dienstbarkeit selbst ist. Unförmliche Rechtstitelsurkunden des wahren Eigenthümers über Dienstbarkeiten können aber einer zehn- oder zwanzigjährigen Ersitzung einer Dienstbarkeit schon nach S. 2267 keinen Raum geben, und so wird man immer nur da eine Dienstbarkeit des S. 690 annehmen können, wo sie selbst durch einen gültigen, vom Eigenthümer ausgegangenen, Rechtstitel konstituirt, oder in einem rechtsbehörigen dreißigjährigen Besitz ausgeübt worden ist.

Sander.

III.

Tödtung eines Menschen aus Irrthum in der Person. Ein Nebenstück zu dem Rechtsfall in Nr. 14 dieses Jahrgangs der Annalen.

Drei ledige Bursche hörten, daß ein fremder Schäfer Nachts in dem Hause eines seitwärts von einer Mühle allein wohnenden Bürgers seie, vermutheten, daß dieses in Folge eines Liebesverhältnisses mit der Tochter Statt finde, und beschlossen, entweder den Schäfer zu schlagen, oder auszuheben und zu dem Bürgermeister zu führen. Sie begaben sich nun vor das allein stehende Haus, wo unten eine Waschküche, oben die Wohnung war, und als nun aus der Stube zuerst die Tochter, alsdann aber ein Mann heraustrat, so forderte der am nächsten stehende J. Kreutel den neben ihm sich befindlichen M. Brodbek auf, gegen den auf dem Hausgang stehenden Menschen zu werfen. Dieser weigerte sich, worauf J. Kreutel in der Entfernung von etwa 20 Schritten gegen jenen Menschen mit einem etwa zwei Pfund schweren Stein warf, denselben auch traf, und nun mit dem M. Brodbek davon lief. Nachdem die drei Bursche wieder zusammen getroffen waren, erzählte Kreutel, er habe gegen den auf den Hausgang herausgekommenen, er wisse nicht, sei es der Schäfer, oder die Tochter, oder sonst Jemand gewesen, geworfen, und ihn getroffen, denn es habe gepatscht, als wie wenn es auf einen gefüllten Sack gienge. M. Brodbek sah den Kreutel werfen, und hörte das Poltern des im Hausgang auffallenden Steines, was auch der noch weiter zurückstehende dritte Bursche vernahm, beide hörten auch den Getroffenen herunterrufen „wart Kreutel" und im Hereingehen in die Stube erklärte alsbald der Getroffene, Kreutel habe ihn mit einem Stein an den Hals geworfen. Der Schäfer war aber damals schon fort, und der Getroffene war der Sohn des Hauses, der einen bedeutenden Kropf hatte, und um Luft zu schöpfen auf den Gang sich begeben hatte. Unmittelbar nach seinem Eintritt in das Zimmer sagte er, es werde ihm eng, man machte ihm das Halstuch auf, allein er starb schnell darauf, und die vorgenommene Sektion zeigte, daß die durch den Kropf krankhaft vergrößerte Schilddrüse zerplatzt und dadurch eine Blutergießung veranlaßt war, welche durch Beengung der Respirationsorgane den Tod durch Erstickung herbeiführte. Nach den drei ärztlichen Gutachten, denn selbst jenes der großherzoglichen Sanitätskommission ward erhoben, wurde von ihnen angenommen, daß durch den Wurf mit dem Stein auf den Kropf die Schilddrüse zerplatzt, und dadurch wohl der Tod herbeigeführt worden seie, allein sie erachteten doch die Verletzung nur für zufällig tödtlich, ohne aber die Gründe des Zufalls, welcher die Verletzung tödtlich machte, näher anzuführen. Es scheint, denn man muß häufig bei den gerichtsärztlichen Gutachten, denen feste und bestimmte Lösungen der aufgestellten Fragen nicht selten mangeln, aus Vermuthungen argumentiren, daß man die Zufälligkeit entweder in dem Krankheitszustand des Getödteten überhaupt oder darin fand, daß er früher schon an Erstickungszufällen gelitten hatte, und man nun unterstellte, daß ein solcher insbesondere, veranlaßt durch den Schrecken wegen des Wurfs, selbstständig hätte eintreten, und so für sich das Ende des Lebens hätte herbeiführen können. Streng genommen führt nun dieses auf die verletzende

Digitized by Google

Handlung des Werfens zurück, so daß man wohl eher die Verletzung für individuell tödtlich, oder, wie unser Strafedikt sagt — per se lethalis — zu erachten hatte, allein da einmal der Ausspruch aller Gerichtsärzte auf die zufällige Tödtlichkeit der Verletzung gieng, so unterstellte man solche um so mehr dem Strafurtheil, als nicht zu verkennen war, daß ein wirklich höchst unglückliches Zusammentreffen so mannigfaltiger besonderer Umstände den schweren Ausgang des Wurfs mit sich führte.

Der Inquisit läugnete die That, und behauptete, es müsse ein Fremder geworfen haben, den er übrigens selbst nicht gesehen hat, und von dessen Daseyn auch keine Spur ersichtlich war, allein man erachtete ihn des Werfens für überführt, indem Brodbek dieses gesehen, der Getödtete ihn alsbald erkannt, Inquisit aber den Wurf auf eine solche bezeichnende Weise dem Brodbek und dem Dritten erzählt hat, daß die Beschreibung des Tones des Wurfs auf den Kropf, als wie auf einen gefüllten Sack, bei Abseyn jeder anderen möglichen Erklärung des Wurfs, wohl gewiß auf den Inquisiten als Thäter zurückführte. Hinsichtlich seines verbrecherischen Vorsatzes war aber an eine Absicht der Tödtung in keiner Weise zu denken, und da Inquisit gegen den Getödteten, den er selbst als einen mitleidswürdigen Menschen beschreibt, gar nichts im Schilde führte, so konnte man auch eine Absicht, ihm ein Leiden zuzufügen, nicht annehmen. Dagegen mußte man nach der ganzen Lage der Sache annehmen, daß Inquisit, welcher auf den Schäfer ausgieng, und der bei dem Werfen in der Meinung stand, der Schäfer seie noch da, entweder den auf den Gang heraustretenden Menschen für den Schäfer hielt, und in dieser Meinung gegen ihn den Wurf richtete, oder daß es ihm überhaupt gleichgültig war, wer der Herausgetretene seie, und wen er also treffe, denn indem er selbst zu Brodbek sagte, er wisse nicht, ob er den Schäfer, oder die Tochter, oder wen sonst getroffen habe, gibt er damit genugsam zu erkennen, daß seine Absicht dahin gieng, den Schäfer zu werfen, es ihm übrigens gleichgültig war, wer die Person war, auf welche er den Wurf richtete. Diese Person, die auf dem Gang stand, wollte er werfen, er hat sie auch getroffen, und so ist ihm sein Wurf, als die böse Absicht, Einem ein Leiden zuzufügen, in jeder Weise zuzurechnen. Hat er die Person, gegen welche er warf, bestimmt für den Schäfer angesehen, so hat er seine böse Absicht, zu werfen, vollständig vollführt, denn er hat die Person, den Gegenstand seiner Absicht, auch getroffen, ein Irrthum in der Person kommt ihm nicht zu gut, denn er liegt außerhalb der erreichten bösen Absicht. Hat er aber die Person, gegen welche er warf, nicht bestimmt für den Schäfer gehalten, so hatte er die ganz allgemeine böse Absicht, irgend einen Menschen zu werfen, er war in dolo indeterminato — oder — eventuali — und muß sich dann jeden Erfolg anrechnen lassen. Eben darin liegt auch der Unterschied gegen den Rechtsfall in Nr. 14 der Annalen, hier war das Objekt der bösen Absicht, ein Leiden zuzufügen, die auf den Gang herausgetretene Person, auch gerade das Subjekt des Erfolgs, dort war aber erwiesenermaßen das Subjekt des Erfolgs nicht das Objekt der bösen Absicht, und beides muß nach unsern Gesetzen zusammentreffen, wenn ein Todtschlag aus Jachheit und Zorn vorliegen soll. Hier ist ein Todtschlag per errorem vollführt, dort einer per aberrationem, und beide kann man nicht zusammenwerfen. Man nahm daher hier einen Todtschlag aus Jachheit und Zorn an, allein in Anbetracht der zufälligen Tödtlichkeit der Verletzung des wirklich unglücklichen Zusammentreffens so vieler außer aller möglichen Berechnung liegender Umstände, ward auf eine zweijährige Zuchthausstrafe erkannt, welche ich für meinen Theil deßhalb in der Qualität der Strafe noch zu hart hielt, weil Inquisit ein sonst ganz unbescholtener Minderjähriger war, und bei der zufälligen Tödtlichkeit einer Verletzung der eigentliche Thatbestand der Tödtung, Lebensberaubung durch die That, und nur durch die That eines Menschen, mangelt. Sander.

IV.

Aus dem Gemeinderecht.

Anfrage.

Tritt der ehemalige Schutzbürger von dem Tag an, wo er nach §. 90 des Bürgerannahmsgesetzes die Bürgerantrittstaxe zahlt, oder erst vom Tage der Zahlung des dreifachen Betrags der Bürgernutzungen (§. 91) in den Rang zum Bürgergenuß?

Antwort der Redaktion. Der §. 93 des Bürgerannahmsgesetzes sagt:

„So weit die vorhandenen Genußtheile nicht für alle seitherigen Schutzbürger hinreichen, rücken diese nach der Reihe, nach der sie in das Schutzbürgerrecht aufgenommen wurden, in die künftig offen werdenden Genußtheile ein."

Darnach wäre weder der Tag, da nach §. 90 das Antrittsgeld bezahlt wird, noch der Tag der Entrichtung des Einkaufsgeldes in die Bürgernutzungen (§. 91) maßgebend, sondern allein der Tag der ehemaligen Aufnahme in das Schutzbürgerrecht selbst.

Allein der §. 91 verordnet zugleich, daß alle Gemeindebürger, welche sich

„bis zu dem Tage, an welchem der Schutzbürger die obgedachten Beiträge (nämlich das Antrittsgeld und den dreifachen Jahrsbetrag der Bürgernutzungen) in die Gemeindekasse entrichtet,"

zum Bürgergenuß noch befähigt haben *), dem Schutzbürger im Range zur Theilnahme an den Nutzungen noch vorgehen.

Darnach muß also bei einer Konkurrenz der Schutzbürger mit neu aufgenommenen Gemeindebürgern die Zahlung der fraglichen Beiträge für das Eintreten der Schutzbürger in den Rang überhaupt als präjudiziell erscheinen, und die angeführte Bestimmung des §. 93, wornach die Zeit des ehemaligen Erwerbs des Schutzbürgerrechts den Rang bezeichnet, kann sich nur auf diejenigen Schutzbürger beziehen, welche nicht mit inzwischen neu aufgenommenen Gemeindebürgern in Konkurrenz treten, oder aber denselben gegenüber in einem und demselben Verhältnisse stehen.

*) Der neu aufgenommene Gemeindebürger befähigt sich nach §. 87 der Gemeindeordnung dadurch, daß er eine eigene Haushaltung oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung gründet, und daß er, wenn er noch unter fünfundzwanzig Jahren alt ist, das fünfundzwanzigste Jahr zurücklegt. D. R.

Digitized by Google

Ist aber, nachdem ein Schutzbürger die gedachten Beiträge bezahlt hat, ein neu aufgenommener Gemeindebürger nach §. 87 der Gemeindeordnung zum Bürgergenuß befähigt worden, so kann jener Schutzbürger mit andern Schutzbürgern, die jene Beträge noch gar nicht, oder erst nach der Befähigung des neu aufgenommenen Gemeindebürgers bezahlt haben, nicht auf dieselbe Stufe gesetzt werden, er kann mit denselben nicht nach dem Alter des Schutzbürgerrechts konkurriren, sondern er muß ihnen ohne Rücksicht auf dieses Alter des Schutzbürgerrechts jedenfalls vorgehen; denn er geht dem inzwischen aufgenommenen Gemeindebürger (vorbehaltlich der im §. 93 Abs. 2 bestimmten Konkurrenz) nach §. 91 im Allgemeinen vor, während doch der Letztere nach dem nämlichen §. 91 den Schutzbürgern, die erst nach seiner Befähigung oder noch gar nicht bezahlt haben, ebenfalls und zwar unbedingt wieder vorgeht.

Man muß daher diejenigen Schutzbürger, welche nach dem Eintritte der Wirksamkeit des neuen Gesetzes, ehe noch inzwischen wieder ein neu aufgenommener Gemeindebürger zum Bürgergenuß befähigt wurde, gleichzeitig oder unmittelbar nach einander sowohl die Bürgerrechtsantritts- als die Nutzungseinkaufsgelder*) bezahlt haben, von denjenigen, welche solche, ebenfalls unmittelbar nach einander erst nach dem Zeitpunkt der Befähigung des neu aufgenommenen Gemeindebürgers, oder noch gar nicht bezahlt haben, in verschiedene Klassen ausscheiden.

In der Klasse der zuerst Befähigten, welche dem neu aufgenommenen Gemeindebürger im Allgemeinen vorgehen, rükken die Einzelnen nach §. 93 unter sich nach dem Alter ihres Schutzbürgerrechts in den Bürgergenuß ein, und eben so in der zweiten und jeder (durch das jeweilige Dazwischentreten eines neu aufgenommenen Bürgers wieder besonders ausgeschiedenen) folgenden Klasse, in diesen jedoch erst alsdann, wenn alle Mitglieder der vorhergehenden Klasse, ohne Unterschied, ob sie in ihrer schutzbürgerlichen Aufnahme älter oder jünger als die Mitglieder der nachfolgenden Klasse seien, bereits eingerückt sind.

Setzen wir z. B. den Fall: mit dem Eintritte des neuen Gesetzes, oder bald nachher, während des Sommers 1832, haben einige ehemalige Schutzbürger die fraglichen Beiträge bezahlt, im Spätjahr 1832 wurden dann wieder neue Gemeindebürger aufgenommen, oder, sofern sie schon früher Gemeindebürger waren, nach §. 87 der Gemeindeordnung zum Bürgergenuß befähigt, worauf erst im Sommer 1833 wieder einige Schutzbürger Zahlung leisteten, und im Spätjahr 1833 sich wieder einige neu aufgenommene Gemeindebürger zum Bürgergenusse befähigten. Seit dem Spätjahr 1833 wurden keine Gemeindebürger neu aufgenommen oder befähigt, wohl aber haben wieder einige weitere Schutzbürger die gedachten Beiträge bezahlt, andere sind aber damit auch jetzt noch im Rückstand.

In diesem Falle sind nun die Schutzbürger, ohne Rücksicht auf das Alter ihrer schutzbürgerlichen Aufnahme, in drei Klassen zu theilen. Die erste Klasse bilden diejenigen, welche im Sommer 1832 Zahlung leisteten, die zweite Klasse jene, welche im Sommer 1833 bezahlten, und die dritte Klasse jene, welche erst nach dem Spätjahr 1833 oder auch bisher noch gar nicht bezahlten.

In jeder Klasse konkurriren nun die Einzelnen unter sich nach dem Alter ihres Schutzbürgerrechts, ohne Rücksicht darauf, ob der Eine die fraglichen Beiträge früher bezahlte als der Andere. Die Klassen selbst konkurriren aber mit einander nach der Periode, in der sie jene Zahlungen leisteten, so daß alle Schutzbürger der ersten Klasse schon eingerückt seyn müssen, ehe jene der zweiten Klasse an die Reihe kommen, und eben so, daß die Schutzbürger der zweiten Klasse sämmtlich eingerückt seyn müssen, ehe die Reihe Einen aus der dritten Klasse trifft. D. R.

*) Zwar ist sich im §. 91 hinsichtlich der Nutzungseinkaufsgelder auch auf den §. 34 bezogen, wo dem Aufzunehmenden gestattet ist, statt der Zahlung dieses Geldes der Gemeinde für drei Jahre den Genuß der Allmend zu überlassen; allein demohngeachtet kann diese Begünstigung hier bei den Schutzbürgern, sofern es sich um eine Klassifikation derselben, beziehungsweise um eine Konkurrenz mit neu aufgenommenen Gemeindebürgern handelt, keine Anwendung finden, da in solchen Fällen nach §. 91 die Befähigung zu der im §. 93 Abs. 2 bezeichneten Konkurrenz durch die vorgängige Zahlung des Antrittsgeldes und des dreifachen Jahresbetrags der Bürgernutzungen bedingt ist, der Schutzbürger also, wenn er vor der Zahlung gar nicht in Konkurrenz tritt, also gar nicht zum Genusse gelangt, mit Zurücklassung dieser Nutzungen auch nicht bezahlen kann.

Handelt es sich aber um gar keine Konkurrenz mit neu aufgenommenen Gemeindebürgern, so findet die im Nachsatze des §. 91 bestimmte Beschränkung der Konkurrenzfähigkeit nicht Statt, die ehemaligen Schutzbürger stehen nach §. 93 unter sich nur im Range nach dem Alter ihres Schutzbürgerrechts, und wenn sie nach diesem in den Genuß eintreten, so können sie das Nutzungsgeld nach §. 91, vergl. mit §. 34 auch durch Zurücklassung der drei Jahresnutzungen bezahlen. Die Antrittsgelder kann die Gemeinde aber von ihnen baar verlangen, da hinsichtlich dieser das Gesetz eine Zahlung durch Zurücklassung von Bürgernutzungen nicht gestattet; jedoch bedroht das Gesetz die Saumsal in der Zahlung derselben, wo nicht nach §. 91 die erwähnte Konkurrenz mit neu aufgenommenen Gemeindebürgern eintritt, nirgends mit dem einstweiligen Zurückstehen im Bürgergenuß D. R.

Anzeige.

Mit Nummer 27 beginnt das dritte und vierte Quartal des vierten Jahrgangs dieser Zeitschrift, oder Juli bis Dezember 1836, Preis 2 fl. 20 kr., und es wird diesen Titel und Register zum ganzen Jahrgang beigegeben. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß diese aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir, die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe den 2. Juli 1836.

I.

Bemerkungen zu dem Rechtsfall in Nr. 18 des laufenden Jahrgangs der Annalen, II.

Ich war damals der Respicient dieser Sache, muß aber gestehen, daß ich, obschon allein stehend, nicht mit der getroffenen Entscheidung einverstanden war, und es trotz der beigefügten Bemerkungen meines geehrten Freundes noch nicht bin. Der Rechtsstreit kam schon im Jahr 1833 vor, ich hatte damals Entscheidungsgründe im entgegengesetzten Sinne aufgestellt, wollte sie in die Annalen einrücken lassen, habe sie aber verlegt, und kann mich zumal jetzt nur wenig davon erinnern, so daß ich eigentlich mehr einige Bemerkungen über den Fall im Allgemeinen mir erlauben will. Die Rücksicht, daß Kläger seine Klage gegen den Ausschuß auf Erfüllung seiner Pflichten gegen die Gesellschaft gerichtet habe, und dieses nicht thun könne, hätte mich nicht bestimmt, denn es lag klar am Tage, daß er in die Gesellschaft eintreten wollte, sein Recht darauf, durch den Ausschuß, als Vertreter der Gesellschaft, verletzt glaubte, und wenn er nun gegen diese Vertreter klagte, so war nicht das die Begründung seiner Klage, daß dieselben ihre Verbindlichkeiten gegen die Gesellschaft verletzt hatten, sondern, daß sie als Vertreter der Gesellschaft das Recht des Klägers verletzten, und um sie dazu anzuhalten, bedurfte es keiner Klage der Gesellschaft gegen die Beamten, sondern des Klägers gegen dieselben zum Eintritt in die Gesellschaft, welcher nicht die Weigerung der Gesellschaft als solcher, sondern nur ihrer Vertreter entgegenstand. Was Kläger wollte, wen er belangen wollte, was sein Klagbegehren war, ist deutlich gewesen, und so konnte wohl eine ungeschickte Benennung des Ausschusses das sonst vollständige Verfahren nicht aufheben, und eine Abweisung des Klägers rechtfertigen.

In der Sache selbst aber gibt sich die fragliche Sterbkassengesellschaft zwar als eine Gesellschaft mit rein privatrechtlichem Charakter an, allein sie ist es nicht, sie ist keine Gesellschaft des Landrechts und keine Gesellschaft des Handelsrechts, sondern sie hat den Charakter einer Tontine, um es mit dem allgemeinsten Namen zu nennen, und dieser Charakter ist ein eigenthümlicher, zwar noch nicht, weder im bürgerlichen Leben, noch weniger in der Gesetzgebung, ganz ausgebildeter, aber doch schon so weit sicher gestellter, daß man wohl mit Recht bezweifeln kann, ob auf ihn so geradezu die Grundsätze des Landrechts über Verträge in jeder Beziehung anwendbar sind, und insbesondere ob die Grundsätze über das Zustandekommen der Verträge durch Zusagen unter bestimmten Personen für ihn gelten, oder ob nicht vielmehr die Zusage an unbestimmte Personen zum Eintritt in dergleichen Gesellschaften als bindende Zusage allerdings dann genügt, wenn die bestimmte Person, welche sich der unbestimmten allgemeinen Zusage an Alle, oder an Alle gewissen Standes theilhaftig machen will, jene Bedingungen erfüllt, welche solche Gesellschaften sonst zum Eintritt aufgestellt haben. Wenn man bedenkt, daß alle dergleichen Gesellschaften wenigstens als Aushängeschild den öffentlichen Nutzen führen, und daß sie überall nur unter Konzession der öffentlichen Staatsgewalt entstehen und bestehen können, so mag es nicht so gewagt seyn, wenn man, die Anwendung starrer Grundsätze bestehender Gesetzgebung festhaltend, in dieser Konzession der öffentlichen Gewalt auch die Annahme der Zusage des Eintritts in die Gesellschaft für Alle und jeden Einzelnen erblickt, und so jedem Einzelnen, der sonst die Bedingungen des Beitritts erfüllt, ein vor dem Richter erzwingbares Recht des Eintritts in dergleichen Gesellschaften ertheilt. Denken wir nur an die allgemeine badische Versorgungsanstalt, betrachten wir das Institut der Sparkassen, so werden wir alsbald vielleicht mehr mit einer Art von Instinkt, als aus Landrechtssätzen uns sagen müssen, daß diesen Instituten nicht das Recht zusteht, willkührlich unter jenen Personen, welche sonst die Bedingungen des Eintritts erfüllen und haben, ihre Theilnehmer auszuwählen, und daß sie nicht die Befugniß haben, Jenen aufzunehmen, und Den auszustoßen, von dem sie keinen Mangel an den Bedingungen nachweisen können, welche

Digitized by Google

ſie ſich nicht ſo gerade nach eigener Willkühr feſtgeſetzt haben, ſondern welche auch von der öffentlichen Staatsgewalt in der Art genehmigt, und ſo feſtgeſtellt worden ſind, daß eine Nichtanwendung derſelben auf einen ohne ſtatutariſchen Grund Ausgeſchloſſenen allerdings als eine Verletzung eines Rechts betrachtet werden kann. Kann man denn nicht die Errichtung einer Geſellſchaft, welche den Eintritt einem Jeden unter gewiſſen Bedingungen freiſtellt, als das fortdauernde Angebot eines Rechtsverhältniſſes anſehen, welches durch die Erklärung einer Perſon, unter dieſen Bedingungen eintreten zu wollen, angenommen wird, und ſomit einen vor dem Civilrichter ſelbſt nach L.R.S. 1101 gültigen Vertrag zu Stande bringt? Daß das Angebot an unbeſtimmte Perſonen geht, macht gar nichts aus, denn bei jeder öffentlichen Verſteigerung wird eine Sache an den unbeſtimmten Liebhaber zum Verkauf ausgeboten, und meldet ſich der X, ſo hat dieſer auch das Recht zu bieten, ohne daß man ihm ſagen kann, die Sache ſeie ihm nicht perſönlich angeboten worden. Allerdings kann hier der Verſteigerer ſeine Sache aus der Steigerung zurückziehen, und damit das Angebot zurücknehmen, allein darin liegt eben der Unterſchied zwiſchen dem reinen privatrechtlichen Kauf- und Verkaufsvertrag, und dergleichen Tontinen, daß bei letztern das Angebot im Beſtehenbleiben der Geſellſchaft ſelbſt fortbeſteht, und daß durch ihren Zweck und durch die Art ihrer Errichtung ein Rechtsverhältniß entſteht, welches ein eigenthümliches iſt, und nicht wohl mit andern Rechtsverhältniſſen beſtehender Geſetzgebung ſo leichthin zuſammengeworfen werden kann. Schon Bacon ſagt mit Recht: sapientissima enim res tempus, et novorum casuum quotidie autor et inventor, und nicht zu verkennen iſt es, daß unſere ſchaffende Zeit in den Aktienunternehmungen, Lebensverſicherungen, Verſorgungsanſtalten, Sparkaſſen und dergleichen Dingen Rechtsverhältniſſe erzeugt, welche eigenthümlicher Art ſind, und daher zu ihrer Sicherſtellung das Einſchreiten der Geſetzgebung mittelſt Einführung in die Reihe der geſetzlich geregelten beſondern Vertragsverhältniſſe bei ihrer wachſenden Zunahme bald verlangen. So gieng es früher mit den Wechſeln, die Einen drückten ſie in die Form des Mandats, die Andern in die des Darlehens, bis ſie alle dieſe gezwungenen Formen ſprengten und ihr eigenes Röcklein erhielten. So geht es jetzt mit dergleichen Geſellſchaften, wie die eine iſt, welche den Rechtsſtreit veranlaßte. Die Einen meſſen ſie nach den Vorſchriften der Geſellſchaftsverträge, die Andern nach denen über Aſſekuranzverträge, ſie ſind beides, und beides nicht, und über kurz oder lang wird ſich die Geſetzgebung gezwungen ſehen, auch ihnen ein eigenes Röcklein zuzurichten. Bis dahin bin ich aber der feſten Meinung, daß in allen dergleichen Geſellſchaften ein Recht des Eintritts für Jeden ihre Bedingungen Erfüllenden beſteht, und daß, wenn eine ſolche Geſellſchaft ſich eine Auswahl vorbehalten hätte, ſie vom Staat nicht genehmigt werden ſollte, denn ſie verſtößt gegen ihren einzig zuläßigen Zweck der Beförderung des allgemeinen Intereſſes, und kann dann leicht die Mutter von Privilegien und die Pflegerin gemeingefährlicher beſonderer Intereſſen werden.

Sander.

Anmerkung der Redaction. Hinſichtlich des von Verſteigerungen, bei welchen das Anerbieten ebenfalls wie hier an unbeſtimmte Perſonen geht, hergenommenen Beiſpiels iſt anerkannt, daß das Ausbieten der Waaren an das unbeſtimmte Publikum, an Jeden, der da ſteigern will, einerſeits, und das bei der Verſteigerung geſchehende Angebot eines beſtimmten Steigerers andererſeits noch nicht als ein Verkauf gelte und für den Verkäufer noch nicht die Verbindlichkeit erzeuge, dem Steigerer die Waare um das Angebot wirklich zu überlaſſen, ſondern daß dieſe Rechtswirkung erſt alsdann eintrete, wenn zum Angebot eines beſtimmten Steigerers noch der Zuſchlag, d. i. die Annahme von Seiten des Verkäufers, hinzukomme.

In gleicher Weiſe kann alſo auch das in den Statuten der Privatſterbekaſſegeſellſchaft liegende Anerbieten dieſer Geſellſchaft an das Publikum einerſeits, und die Beitrittserklärung eines Aufzunehmenden andererſeits, noch keine Vertragsverbindlichkeit hervorbringen, ſondern es iſt hiezu noch die ſpecielle Annahme von Seiten der Geſellſchaft, nämlich die wirkliche Aufnahme des ſich Meldenden, erforderlich.

Der Grund, aus welchem dieſes bei den Verſteigerungen anerkannte Erforderniß hier bei der Aufnahme in die erwähnte Geſellſchaft nicht eintrete, ſoll in der Verſchiedenheit des eigenthümlichen Verhältniſſes der letztern von dem rein privatrechtlichen Kaufsvertrag liegen. Das Rechtsverhältniß der Tontinen und ähnlicher Geſellſchaften laſſe ſich nämlich unter keines der im Landrecht geregelten Vertragsverhältniſſe vollſtändig und genau ſubſummiren, und es werden eigene Geſetze zur Regulirung dieſer erſt in neuerer Zeit ſich vermehrenden eigenthümlichen Vertragsverhältniſſe, als einer Art öffentlicher Inſtitute, nöthig werden.

Dieſes Letztere gebe ich zu, allein ich gebe nicht zu, daß deßwegen der Richter, ſo lang keine ſolchen beſondern Geſetze beſtehen, ſich dabei nun auch nicht an die (über Verträge im Allgemeinen verfügenden) Vorſchriften des Landrechts zu halten habe.

Will man darin, daß die Staatsgewalt ſolche Inſtitute genehmigt, eine Art von Annahme der in den Statuten liegenden Aufnahmsanerbietung Namens des Publikums finden, ſo wird überſehen, daß ja das Publikum dadurch zu nichts verpflichtet wird, was doch ſeyn müßte, wenn jene Genehmigung die Wirkung einer Ver-

Digitized by Google

tragsannahme von Seiten des Publikums im privatrechtlichen Sinne haben sollte.

Auch die berührte halb öffentliche Natur solcher, den öffentlichen Nutzen bezweckenden und der Staatsgenehmigung bedürfenden, Institute kann den Richter nicht ermächtigen, dem sich zur Aufnahme Meldenden ein Recht zuzuerkennen, welches durch die Gesetze des Privatrechts für sie nicht begründet ist.

Eine andere Frage ist, ob die Staatsverwaltungsbehörden nicht das Recht haben, die Aufnahme eines sich meldenden Mitglieds unter gewissen Voraussetzungen anzuordnen, wenn gleich dasselbe kein privatrechtlich begründetes (also vor dem Richter verfolgbares) Recht dazu hat? — und diese Frage würde ich dahin bejahen, daß da, wo die Gesellschaft nach den von der Staatsbehörde genehmigten Statuten bei der Aufnahme neuer Mitglieder nicht willkührlich handeln darf, sondern Diejenigen, welche die vorgeschriebenen Bedingungen erfüllen, aufzunehmen verpflichtet ist, die Staatsbehörde, welche unter dieser Voraussetzung die Statuten genehmigte, den Vollzug dieser, ihr gegenüber bestehenden, Verpflichtung fordern könne, und daß dieselbe daher, wenn die Gesellschaft einem sich Anmeldenden, welcher die statutenmäßigen Bedingungen erfüllt, demohngeachtet die Aufnahme verweigert, ihr zu erklären berechtigt sei: sie habe die Statuten zu vollziehen, folglich den nach Maßgabe derselben zur Aufnahme sich Meldenden aufzunehmen, widrigen Falls die nur unter dieser Voraussetzung ihr ertheilte Staatsgenehmigung wieder zurückgenommen, also die Gesellschaft selbst wieder aufgelöst werde.

Auf solche Weise kann die Staatsbehörde das bei Errichtung solcher Anstalten konkurrirende öffentliche Interesse oder das Interesse des Publikums wahren, und dem Einzelnen zur statutenmäßigen Aufnahme verhelfen, wenn er gleich nach den Gesetzen des Privatrechts keinen Rechtsanspruch darauf hat, vor dem Richter also eine Verurtheilung der Gesellschaft zu seiner Aufnahme nicht erwirken kann.

Was übrigens die Frage betrifft, ob bei solchen Instituten überhaupt der Gesellschaft die Freiheit in der Aufnahme gelassen, oder ob ihr bei der Ertheilung der Staatsgenehmigung die Verbindlichkeit zur Aufnahme Aller, welche gewisse Bedingungen erfüllen, auferlegt werden soll? — so bin ich der Meinung, eine solche Verpflichtung zur Aufnahme Aller, welche gewisse Bedingungen erfüllen, sollte vom Staat nur da gefordert werden, wo die persönlichen Eigenschaften eines Mitglieds auf das gesellschaftliche Verhältniß, überhaupt auf die Rechte der andern Mitglieder, keinen nachtheiligen Einfluß haben, wie z. B. bei der Versorgungsanstalt, bei Sparkassen, bei Leibrentenanstalten u. dgl. Hat aber eine persönliche Eigenschaft, z. B. der Krankheitszustand eines Mitglieds eine nachtheilige Wirkung auf die Rechte der andern Mitglieder, wie namentlich bei Sterbkassen oder überhaupt bei allen Anstalten, welche für den Fall des Todes eines Mitglieds dem Erben desselben Vortheile zusichern, so wäre es wahrlich nicht recht, wenn man der Gesellschaft zumuthen wollte, jeden sich Meldenden aufzunehmen, selbst wenn er wegen eines Siechthums oder überhaupt wegen Krankheit einem nahen Tode entgegensieht, und darnach durch Beiträge von voraussichtlich kurzer Dauer dieselben Rechte, wie andere Mitglieder durch langjährige Zahlungen erwerben und auf solche Weise die bereits vorhandenen Mitglieder gefährden könnte. Man darf solchen Gesellschaften mit Billigkeit auch nicht zumuthen, sich über die Frage, ob der sich Meldende gesund sei, mit demselben in einen Rechtsstreit einzulassen, man muß das Ermessen hierüber vielmehr ihr selbst überlassen, da ein Rechtsstreit über diese Frage, abgesehen von der Unsicherheit seines Resultats, häufig zu sehr ärgerlichen Diskussionen Anlaß geben möchte.

D. R.

II.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über Eidesleistung durch einen Gewalthaber, oder durch Mitglieder einer Körperschaft oder Gemeinde. Zur Erläuterung der §§. 611 — 614 der Proceßordnung.

In einem Rechtsstreit des Fiskus mit der Gemeinde Büchig, wegen Ablösung von Jagdfrohnden, schob der Erste der Gemeinde einen Eid über die geschehene Leistung von Jagdfrohnden in den Jahren 1820 — 1830 zu, und die Gemeinde schob ihm den Eid zurück. Der Fiskus erklärte, den zurückgeschobenen Eid durch einen Forstmeister, in dessen Bezirk Büchig lag, ausschwören zu wollen, und ohne weitere Verhandlungen über die Person des Eidesleistenden zu pflegen, ward vom Landamt Karlsruhe auf den Eid für die Person des Forstmeisters erkannt. Als nun Tagfahrt zur Ableistung anberaumt werden wollte, erklärte der Fiskus, daß der im Urtheil benannte Forstmeister erst im Jahr 1826 auf den Dienst gekommen sei, und die früher geleisteten Jagdfrohnden der Gemeinde Büchig aus eigener Wissenschaft nicht kenne, es werde deßhalb zur Eidesleistung für die frühere Zeit ein damals bei dem betreffenden Forstamt in Dienst gestandener Forstpraktikant benannt, der von den zu beschwörenden Thatsachen Kunde habe. Die Gemeinde Büchig bestritt dieses, hielt den Eid in seiner urtheilsmäßigen, rechtskräftig gewordenen Faſſung

Digitized by Google

für die Zeit von 1820 — 1830 für verweigert, und der Unterrichter, auf dieſe Eidesverweigerung erkennend, wies den Fiskus mit ſeiner Klage wirklich ab. Dagegen appelirte er hieher, wo man denn auch, in Abänderung des unterrichterlichen Erkenntniſſes, den neuen Eidesleiſter zuließ.

Die Gründe waren im Weſentlichen folgende, wenigſtens gieng meine Abſtimmung dahin. Der Fiskus iſt keine in eine oder mehrere Perſonen eingegränzte Partei, ſondern er iſt eine moraliſche Perſon, oder wie ſich die Proceßordnung im §. 713 ausdrückt, eine Körperſchaft. Wenn nun bei ſeinen Rechtsſtreiten auf einen Eid erkannt wird, ſo bezieht ſich dieſes Erkenntniß, und in ſo fern ſeine Rechtskraft, mehr auf den Inhalt des Eides, wer aber den alsdann rechtskräftig feſtgeſtellten Eid zu leiſten habe, iſt in der Regel nicht, und war auch hier nicht Gegenſtand des Rechtsſtreits. Erſt wenn der Eid ſeinem Inhalt nach feſtgeſtellt iſt, werden daher nach §. 613, 614 die Perſonen benannt, welche von den zu beſchwörenden Thatſachen die beſte Kunde haben, oder welche als Vorſtände oder Verwalter die Handlungen verrichtet haben, welche Gegenſtand des Eids ſind, und erſt nach dieſer rechtskräftigen Feſtſtellung des Eidesinhalts laſſen ſich auch dieſe Perſonen mit Gewißheit benennen, weil bei den mehrere Handlungen umfaſſenden Eiden auch nur dann geſagt werden kann, wer davon die beſte Kunde hat, wenn man endgültig und rechtskräftig die Handlungen kennt, welche den Rechtsſtreit in dem erheblichen Eidesinhalt entſcheiden. Der §. 615 der Pr. Ordn. beweiſt dieſes vollkommen, weil er bei den Eiden der Streitgenoſſen, welche als mehrere Perſonen den Rechtsſtreit führen, gerade vor der wirklichen Eidesleiſtung, alſo nach der rechtskräftigen Entſcheidung über den Eidesinhalt, noch ein Verfahren über die Perſonen, die den Eid leiſten, vorausſetzt. Ganz das gleiche Verhältniß tritt aber bei den Eiden der Körperſchaften ein, wo nicht einmal die Perſonen, welche den Eid leiſten, als Parteien des Rechtsſtreits, ſondern nur als Mitglieder, oder Bedienſtete der Körperſchaft als Partei erſcheinen, und alſo auch durch Erklärung von dem Eidesinhalt nichts zu wiſſen, die Eidesweigerung und mit ihr die Folge des Verluſtes des Proceſſes um ſo weniger herbeiführen können, als ſie nicht diejenigen Perſonen ſind, welche über den Gegenſtand des Rechtsſtreits, über das Vermögen der Körperſchaft keine gültige Dispoſition durch Verzicht treffen können. Hierüber, nämlich über die Aufſtellung der Perſonen der Eidesleiſter wird alſo in den Fällen des §. 613, 614 immer ein Incidentverfahren eintreten müſſen, welches durch richterliche Friſtbeſtimmung, binnen welcher die Perſonen der Eidesleiſter benannt werden müſſen, zu Ende zu führen iſt. Eine Verwirrung der Begriffe iſt es aber, wenn man dieſe Eidesableiſtung bei Körperſchaften einen Eid durch einen Gewalthaber nach §. 611 der Pr. Ordn. nennt. Dieſer Paragraph geht ganz deutlich von dem Fall aus, wo eine beſtimmte in eine Perſon eingegränzte Partei einen Rechtsſtreit führt, und wo der Gegenſtand des Eides nicht durch ſie vorgenommen, ſondern wo ſolche von ihrem Gewalthaber, als Mandatar oder als Vertreter ihrer Perſon verrichtet wurde. Die Gewalthabung des §. 611 bezieht ſich nicht darauf, daß die Partei dem Eidesleiſter die Gewalthabung zur Leiſtung des Eides überträgt, ſondern ſie bezieht ſich darauf, daß der Eidesleiſter bezüglich des Inhalts und des Gegenſtands des Eides der Gewalthaber der Partei war, und als dieſer Gewalthaber den Eid im Fall des §. 611 unbedingt zu ſchwören berechtigt iſt, oder ihn im Fall des §. 612, wo auch die Partei in ihrer Perſon ſelbſt Kenntniß von dem Gegenſtand des Eides hat, und alſo den Wahrheitseid ſchwören kann, in Uebereinſtimmung der Gegenpartei ausſchwören darf. Eben weil die §§. 611, 612 immer von einer Partei, als Perſon, ſprechen, unterſcheiden ſie ſich gerade von den Fällen der §§. 613, 614, wo von moraliſchen Perſonen die Rede iſt, welche zwar als Parteien in einem Rechtsſtreit auftreten, aber wegen Mangels wirklicher Perſönlichkeit keinen Eid durch die moraliſche Perſon der Partei, ſondern nur durch ihre Mitglieder oder ihre Bedienſtete ableiſten können. Nur das kann behauptet und verlangt werden, daß im Fall des §. 613 der Pr. Ordn. die dort benannten Perſonen den Eid ſchwören müſſen, und daß, ſo lange ſie im Allgemeinen zu ſchwören im Stande ſind, die Körperſchaft keine andere Perſonen benennen darf.

Da im vorliegenden Fall nun nirgends erſichtlich iſt, daß über die Perſonen der Eidesleiſter geſtritten wurde, ſo kann auch die Rechtskraft des Urtheils nicht darauf bezogen werden, und der neue Eidesleiſter iſt ſonach zuzulaſſen.

Sander.

Hauptredacteur Miniſterialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe den 9. Juli 1836.

I.

Ueber die Beweislast bei der Negatorienklage.

Für ein von so vielen ausgezeichneten Männern so oft behandeltes Thema von Neuem die Aufmerksamkeit der Leser in Anspruch zu nehmen, kann den Anschein von Rechthaberei oder Anmaßung gewinnen. Doch rechtfertiget die Art, wie der gelehrte Einsender des Aufsatzes in den Annalen 3. Jahrgang Nr. 43 über die Schwierigkeiten dieser Kontroverse sich geäußert hat, eine Bitte um bessere, um ausführlichere, Belehrung.

Derselbe glaubt, daß nur die singulären Bestimmungen des römischen Rechtes die Gegner seiner Ansicht dazu verleiten, die Natur der Sache zu verkennen, und dem Negatorienkläger Beweis aufzuerlegen. Diesem aber glaube ich, als Anhänger der zuletzt angedeuteten Ansicht, widersprechen zu müssen. Nicht in den Bestimmungen des römischen Rechtes, vielmehr in den verschiedenen Ansichten über *das*, was der Natur der Sache entsprechen soll, dürfte die Ursache davon zu suchen seyn, weßhalb eine Vereinigung der Meinungen bisher immer vergeblich versucht wurde. Je nachdem man das Eine oder das Andere für die *natürliche* Entscheidung dieser streitigen Rechtsfrage ansieht, wird man auch in den Bestimmungen des römischen Rechtes entweder positive Bestätigungen der a priori gefundenen Entscheidung erblicken, oder dieselben, mit dem Verfasser jenes Aufsatzes, als Singularitäten bei Seite zu schieben geneigt seyn. Gleiches Schicksal wie das römische Recht erleiden die Bestimmungen unserer vaterländischen Gesetzgebung über diesen Gegenstand; indem die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansichten, jeder *das* darin finden will, wovon er ohnedem schon überzeugt ist; der Eine die Bestätigung der gemeinrechtlichen Praxis nach dem römischen Recht, der Andere eine Annahme der natürlichen Grundsätze, unter Ausschließung aller Singularitäten des römischen Rechts. Dies wird die Behauptung rechtfertigen, daß man vor Allem eine Vereinigung oder gegenseitige Aufklärung über dasjenige versuchen müsse, was sich aus der Natur der Sache, mit Rücksicht auf *allgemeinere* Grundsätze, zur Entscheidung der Streitfrage gewinnen lasse, um nicht an der Vereinigung der Meinungen über eine praktisch so wichtige Frage zu verzweifeln. Hierüber also zuerst ein Paar Worte:

Der Verfasser des zuletzt diesen Gegenstand behandelnden Aufsatzes in dem Blatte vom 24. Oktober 1835 raisonnirt folgendermaßen, um darzuthun, daß aus *allgemeinen* Gründen dem Negatorienkläger *nie* die Beweislast treffen könne:

> „*das Eigenthumsrecht enthält die unbeschränkte Befugniß über Substanz und Genuß einer Sache. Einzelne Rechte des Gebrauchs oder Genusses sind nur Theile des Eigenthums.*“

Es ist dies bekanntlich die allgemein gebräuchliche wissenschaftliche Bestimmung des Begriffes der jura in re aliena (man sehe nur z. B. *Bekk*: über Liegenschaften S. 204) und ich bin so weit entfernt, diese Basis, von wo unsere Argumentation ausgehen muß, bestreiten zu wollen, daß ich vielmehr gerade hierauf eine dem Resultate, wozu der Verfasser jenes Aufsatzes gelangt, entgegengesetzte Ansicht zu begründen gedenke. Man beachte den Verfolg seiner weiteren Argumentation. Er sagt: (propositio major des Syllogismus) *Wer das Ganze hat, hat auch seine Theile*; — und nun macht sich der Schluß von selbst: *der Eigenthümer hat das Ganze der Nutzungsrechte* (wie schon gesagt), *ergo hat er auch jedes Einzelne derselben*. Gegen dieses, nach der Kunstsprache der Logik *analytische* Urtheil, gegen diese bloße Auflösung des Begriffes: *Eigenthum*, ist in der That nichts einzuwenden. Aber ist hiermit etwas zur Entscheidung der Streitfrage gewonnen? Jener Syllogismus beweist *entweder viel zu viel, oder gar nichts*; — will man streng an dem zu Grund liegenden Begriff des Eigenthumes (als eines *wesentlich uneingeschränkten*) festhalten, nun dann gibt es überall keine jura in re aliena mehr; denn wenn der Eigenthümer (dem gesetzlichen Begriff nach) die *volle* Nutznießung haben *muß*, dann kann sie

Digitized by Google

auch zum Theil nicht einem Andern zustehen. Also: nimium probasti! Allein darin liegt eben die petitio principii, daß der aufgestellte Begeiff des Eigenthums nicht der richtige ist, woraus die Entscheidung über die Beweislast bei der Negatorienklage genommen werden könnte. Das Gesetz legt freilich dem Eigenthum das Merkmal der Uneingeschränktheit bei, aber wir haben uns darum den Eigenthümer nicht nothwendig als den einzig uneingeschränkt zu schalten Befugten zu denken, sonst würde, wie gesagt, von einem getheilten Eigenthum nicht die Rede seyn können. Nicht wesentlich bei dem Eigenthumsrecht ist das Merkmal der absoluten Uneingeschränktheit; nein, vielmehr wesentlich beschränkt auf eine bestimmte Art der Benutzung oder Verfügung ist jedes andere Recht an einer Sache, und nur im Gegensatz hievon nennen wir das Eigenthumsrecht uneingeschränkt, weil und in wie fern es allemal wenigstens nach einer Seite hin (secundum quid), da wo es nicht mit einem dinglichen Specialrecht an der Sache kollidirt, unbegränzt ist; mit andern Worten, einen Inbegriff verschiedenartiger Befugnisse enthält, deren Aufzählung unmöglich ist, weil sich von einer jeden Sache der verschiedenartigste Gebrauch machen läßt, also immer noch ein incommensurables Quantum von Befugnissen für den Eigenthümer bleibt, wenn auch die wichtigsten einzelnen Befugnisse in die Hände eines Andern, Specialberechtigten, gelegt sind.

Wem ein solches Specialrecht zustehe (z. B. das Recht, den Ertrag eines Grundstückes an Futter durch Beweidung sich anzueignen), ob Demjenigen, welchem auch die anderweite Benutzung jenes Grundstückes zusteht (wir nennen ihn Eigenthümer) oder einem Andern, das ist die Streitfrage bei einem jeden Negatorienprocesse, und wenn wirklich, wie in der Redactionsnote zu dem Aufsatze in Nr. 7 von 1834 mit Recht behauptet wird, keinerlei gesetzliche Präsumtion hier einschlägt, so ist die Streitfrage eine in jedem concreten Falle zu lösende quæstio facti. Der Einsender des jüngsten Aufsatzes über diesen Gegenstand in Nr. 43 von 1835 bezeichnet das Wesen der Negatorienklage ganz richtig dahin: sie sei eine vindicatio partis dominii. Was ist nun wohl natürlicher, als ab universali ad particulare zu schließen, und die Grundsätze von der vindicatio überhaupt hier anzuwenden? Diesen Grundsätzen gemäß bedarf es keiner negatoria actio, so wenig als einer vindicatio gegen bloße Störungen im Besitze. Hier sind andere Rechtsmittel ausreichend. Ein jeder Gebrauch der Negatorienklage in diesem Falle ist ein uneigentlicher, auf welchen hier einstweilen keine Rücksicht genommen werden kann.

Wenn dagegen der Negatorienkläger ein bestimmtes Specialrecht, welches zufällig häufiger im Verein mit den andern denkbaren Befugnissen der Benutzung einer Sache von Demjenigen, den wir Eigenthümer nennen, als abgesondert für sich allein besessen zu werden pflegt, petitorisch (denn nur dieß entspricht dem Begeiff der vindicatio) gegen den wirklich Besitzenden in Anspruch nimmt, kann in diesem Falle ein Zweifel dagegen obwalten, daß dem klagenden Nichtbesitzer der Beweis aufzuerlegen sei? Der Einsender jenes Aufsatzes sagt: es gäbe keine eigentliche *præsumtio pro possessore*, nur müsse der *status quo* so lange geschützt werden, bis ein Anderer ein besseres Recht darthue. Wie man dies so präcis aussprechen, und dem ohnerachtet Denjenigen von der Pflicht, sein besseres Recht darzuthun, freisprechen kann, welcher gerade nichts Anderes als den *status quo* umstürzen will; ist mir in der That unbegreiflich.

Hiermit glaube ich die Argumentation des Aufsatzes v. 24. Okt. v. J. widerlegt zu haben. Wesentlich dieselbe Argumentation, aber in einer dialektisch gefährlicheren Einkleidung, findet sich in der Redactionsnote zu Nr. 7 von 1834. In dieser Note ist, meiner Ansicht nach, Alles, was sich für die unbedingte Freiheit des Negatorienklägers vom Beweise aus allgemeinen Gründen sagen läßt, auf das scharfsinnigste, fast täuschend, zusammengefaßt. Dennoch hat mich diese Darstellung nicht überzeugen können.

Es heißt dort: Der Negatorienbeklagte könne keine Einrede auf seinen Besitz bauen, denn es fehle an einem Gesetze, welches mit dem Besitze die Vermuthung verknüpfe, daß das Eigenthumsrecht des Klägers durch ein Dienstbarkeitsrecht des Beklagten beschränkt sei.

Hierauf erwiedere ich: nichts weniger als eine Einrede soll der Beklagte auf seinen Besitz bauen; er soll gar nichts darauf bauen, als daß er sich keine gewaltthätige eigenmächtige Vertreibung daraus gefallen läßt; auf die Negatorienklage aber soll er lediglich negative litem kontestiren, weiter nichts als widersprechen in facto et jure; dann bleibt dem Kläger, was wesentlich des Klägers ist, *ut de jure suo probare necesse haberet; id enim est, petitoris partes sustinere.*

Lex 15 fine Dig. de oper. novi nuntiatione (39, 1).

Jene Redactionsnote fährt in der begonnenen Argumentation ganz consequent fort: So wenig nun Derjenige, der im Besitze eines Hauses ist, gegen den Vindikanten, der sein Eigenthumsrecht am Hause nachweist, die Einrede des Besitzers mit Erfolg vorschützen kann, eben so wenig kann Jener, welcher ein Wegrecht über einen Acker ausübt, Demjenigen, der sein Eigenthum an jenem Acker nachweist, den Besitzstand entgegenhalten.

Es freut mich, daß der Gegner mir ein so ganz passendes Beispiel darbietet. Bleiben wir dabei stehen! Wie ist die

Digitized by Google

Lage des Hausbesitzers dem Vindikanten gegenüber? Ihn trifft keine Beweislast; er widerspricht nur, und wartet ab, bis der Vindikant sein Eigenthum am Hause nachweist. Gegen den Vindikanten, der sein Eigenthum nachweist, d. h. wenn er es nachzuweisen vermag, kann dann freilich der bloße Besitz nicht schützen. Nun fiat applicatio auf den Inhaber einer Servitut. Er wartet ab, bis der partem dominii vindicans bewiesen habe. Eine gesetzliche Vermuthung, daß Derjenige, welchem neunerlei Befugnisse an einem Grundstücke zustehen, auch die zehnte habe, verwirft ja jene Redactionsnote selbst *).

Aus allgemeinen Gründen muß ich daher die Ansicht festhalten, daß der Besitzer eines Specialrechtes (juris quasi possessor) von dem Negatorienkläger den Beweis verlangen könne, und würde dieser Ansicht auch in lege condenda den Vorzug geben.

Diese Ansicht scheint mir auch in den positiven Bestimmungen, sowohl des römischen als des vaterländischen Rechtes beibehalten zu seyn, und ich glaube darin eine Bestätigung für die Richtigkeit der bisherigen Argumentation aus der Natur der Sache und den allgemeinen Begriffen zu finden. Ehe ich jedoch das positive Recht berücksichtigen kann, wird es nöthig seyn, den Gegenstand noch etwas genauer in's Einzelne zu verfolgen.

Was also hat der Negatorienkläger zu beweisen?

Es ist ein Fundamentalsatz in der Lehre vom Beweise, daß ein Jeder, welcher irgend ein Recht in Anspruch nimmt, nur die Erwerbung desselben zu beweisen brauche. Das Nichtverlorenhaben seit dem Zeitpunkt der Erwerbung kann und braucht Niemand zu beweisen, vielmehr wird der Erwerber so lange als Inhaber betrachtet, bis ein Anderer excipiendo einen jüngeren Erwerb seinerseits und damit zugleich den Verlust auf Seiten des früheren Erwerbers dargethan hat. Auf demselben Principe, die Fortdauer eines jeden status quo zu vermuthen, bis Derjenige, in dessen Interesse es liegt, eine Thatsache nachweist, welche eine Veränderung herbeiführte, beruht auch die Bestimmung des L.R.S. 1315. Vergl. Jahrb. d. O.H.G. neue Folge Hrft I, S. 40, 41. Mehr kann demnach auch dem Negatorienkläger nicht auferlegt werden, als daß er jene in Frage stehende streitige Befugniß, sei es getrennt für sich (consolidatione) oder in complexu, unter dem Namen des Eigenthumes, als einen Theil desselben erworben zu haben nachweise. Dies kann z. B. im Badischen aus dem Grundbuche geschehen, wenn der Käufer darthut, daß er das Grundstück ohne darauf eingeschriebene Lasten gekauft habe **). Ja, es muß ohnstreitig genügen, wenn der Negatorienkläger nur darthut, daß sein Eigenthum vormals von der streitigen, nunmehr darauf von einem Andern besessenen, Last frei gewesen sei. Sobald dies geschehen ist, hat er den Hauptbeweis zur Genüge geführt, und da der bloße Besitz in petitorio nicht ausreichen kann, so muß der Gegner nun, um nicht sachfällig zu werden, den indirekten Gegenbeweis unternehmen; er muß de jure suo excipiendo auftreten. Man könnte dies, wenn die Negatorienklage eine vindicatio partis dominii heißen soll, ganz richtig als contra vindicatio bezeichnen. Thibaut §. 566 d. 7. Ausgabe. Der Beklagte wird nunmehr entweder mit einem Rechtstitel hervortreten müssen (L.R.S. 691) oder darthun, daß sein Besitz die Erfordernisse der Verjährung habe, daß er das streitige Recht durch Verjährung erworben habe (L.R.S. 690); wogegen der Negatorienkläger dann wieder die seinerseits replicando geltend zu machenden vitia possessionis (also immer etwas Positives, nie eine Negative) nachweisen wird.

Man wende mir nicht ein, daß dem Negatorienbeklag-

*) Im Eigenthumsrecht sind nach L.R.S. 544 nicht nur neun von zehn, sondern alle zehn Rechte begriffen. Wer das Eigenthumsrecht nachweist, hat also nicht erst noch jeden einzelnen Theil oder jeden gesetzlichen Ausfluß aus demselben zu beweisen, sondern er kann das Eigenthumsrecht in allen seinen Richtungen geltend machen, so lang nicht ein Dritter ein Recht nachweist, durch welches jene gesetzliche Befugniß des Eigenthümers beschränkt ist.

Der Vindikant, der gegen den Hausbesitzer auftritt, würde sonst mit dem Beweis des Eigenthums überhaupt auch noch nicht genug gethan haben, sondern er müßte noch besonders nachweisen, daß ihm namentlich auch das (im Eigenthumsrecht begriffene) Wohnungsrecht oder Nutznießungsrecht zustehe, und erst auf diesen Beweis hin wäre der Hausbesitzer schuldig, dem Eigenthümer den Besitz einzuräumen.

D. R.

**) Der alleinige Erwerbstitel, der blos ein Akt zwischen dem Titelgeber und dem neuen Erwerber ist, an und für sich also auch nur unter diesen eine Rechtswirkung hat, möchte hier gegen den dritten Besitzer wohl eben so wenig ausreichen, als dies bei der Vindikation oder auch bei der actio publiciana, oder bei der Geltendmachung des stärkeren Besitzes nach L.R.S. 544 c Abs. 2 der Fall ist.

Der Umstand, daß der Negatorienkläger das Gut nach seinem zum Grundbuch eingetragenen Kaufsvertrag als lastenfrei kaufte, würde ihn also, so fern man ihn überhaupt für beweispflichtig hält, von dem Beweise, daß das Gut von der Last wirklich frei sei, nicht befreien. Wäre aber die erst unter der Herrschaft des Landrechts und des §. 25 des zweiten Einführungsedikts vor sich gegangene Erwerbung der Dienstbarkeit für sich selbst noch nicht in das Grundbuch eingetragen, so wäre dieselbe, als nicht gesetzlich gewahrt, gegenüber dem betheiligten Dritten, an und für sich unwirksam, ohne daß es dabei auf den Beweis ihres Erwerbes selbst noch ankommen könnte.

D. R.

Digitized by Google

ten mit einer derartigen Vertheilung der Beweislaſt nur wenig geholfen ſei. Allerdings hat die Anſicht der gemeinrechtlichen Praxis für Baden dadurch viel an praktiſcher Ausdehnung verloren, daß einer großen Anzahl dinglicher Specialrechte aller Schutz des Beſitzes in petitorio (ſo weit es nicht in possessorio gilt, Eigenmacht zu inhibiren) entzogen iſt; allein „einmal“ ſoll hier nur die Frage beantwortet werden, was wirklich Rechtens, nicht was dem Beklagten günſtig ſei, und es dürfte hier nicht unpaſſend an die bekannte Bemerkung Napoleons erinnert werden, daß die einfachſte Auflöſung eine Knotens in jure ſelten die richtigſte ſei (divide et impera!), ſodann iſt es doch wirklich nicht ohne Bedeutung, ob in allen Fällen, wo ein dingliches Specialrecht durch Verjährung erworben werden kann, und nur durch dieſe in concreto erworben worden iſt, die Fortdauer oder der Verluſt des Rechtes von dem Gelingen oder Mißlingen des ſchwierigen Beweiſes der Verjährung unbedingt abhängen ſoll, oder ob der Inhaber des Rechtes von dem klagenden Eigenthümer vorerſt den Beweis verlangen könne, daß Letzterer ſein Eigenthum fein erworben oder beſeſſen, reſp. die im Streite befangene Benutzungsart ſelbſt früher ausgeübt habe. Darum iſt es ſo vortheilhaft für den Negatorienbeklagten, von dem Kläger vor Allem den Beweis verlangen zu können, daß derſelbe wirklich Eigenthümer des dienenden Gutes ſei. Dies iſt der Sinn der mitunter mißverſtandenen Lex 5 pr. in fine Dig. si ususfructus petatur.

„Quodsi forte, qui agat, dominus proprietatis non sit (d. h. es nicht beweiſen kann) quamvis fructuarius jus utendi non habet (ſelbſt wenn er unredlicher Beſitzer ſeyn ſollte) vincet tamen (der fructuarius nämlich) eo jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant“ (oder ihr gutes Recht nicht gehörig beweiſen können).

Daß überhaupt die bisher entwickelte Anſicht den Beſtimmungen des römiſchen Rechtes vollkommen entſpreche, dürfte nicht ſchwer ſeyn darzuthun. Es kommen dabei, wie in dem neueſten Aufſatze über dieſen Gegenſtand (Annalen 1835 Nr. 43) bemerkt wird, nur wenige Stellen in Betracht. Lex 8, §. 3 Dig. si serv. vind. (8, 5) und Lex 15 de novi op. nunt. (39, 1) legen beide dem nicht beſitzenden Negatorienkläger die Beweislaſt auf. Mit welchem Grunde der Einſender jenes Aufſatzes die Entſcheidung dieſer beiden Stellen für Singularitäten ausgeben will, iſt nicht einzuſehen. Es fehlt an irgend einer entgegenſtehenden Entſcheidung des römiſchen Rechtes, und was die erſte jener Stellen von der servitus tigni immittendi ſagt, warum ſoll nicht ganz daſſelbe von einer jeden ſelbſtſtändigen offenen Dienſtbarkeit gelten; ſo wie das, was die zweite Stelle von der servitus altius non tollendi angibt von einer jeden unſtändigen verborgenen? Gegen dieſe Ausdehnung propter paritatem rationis hat auch der Einſender jenes Aufſatzes nichts einzuwenden, er tadelt ſelbſt diejenigen Ausleger, welche die Anwendbarkeit der angeführten Geſetzesſtellen auf servitutes urbanas beſchränken wollen; dennoch ſollen dies nur ſinguläre Beſtimmungen ſeyn, und durchaus keine allgemeine Beſtätigung der Anſicht, wornach der Negatorienkläger beweispflichtig werden kann, im römiſchen Rechte gefunden werden können, weil die Organiſation des römiſchen Civilproceſſes eine jede ſolche Beſtimmung überflüſſig gemacht habe. Ich will hiergegen nicht ausführlicher ſtreiten; der gelehrte Einſender jenes Aufſatzes ſcheint mir im Einzelnen genugſam zuzugeſtehen, was er im Allgemeinen abſprechen will. Welcher allgemeinen Beſtimmung bedürfte es noch zur Ergänzung jener beiden, in den angeführten Stellen, nach der zugeſtandenen Auslegung, enthaltenen Regeln über ſelbſtſtändige und über unſtändige Dienſtbarkeiten?

Mit dieſen von der Beweispflicht des Negatorienklägers handelnden Stellen muß man diejenigen zu vereinigen ſuchen, welche von dem Inhaber des Specialrechtes handeln. Gewiß konnte ein ſolcher, ſobald der Eigenthümer die urſprüngliche Freiheit ſeines Eigenthums bewieſen hatte, ſich nicht weiter auf den bloßen gegenwärtigen Beſitz berufen (S. d. angeführte Redactionsnote), ſondern er mußte de jure suo docere, ſeine Einrede beweiſen, ſich entweder auf einen Rechtstitel oder den zur Verjährung genügenden Beſitz berufen. Lex IV. 16 h. t. (si serv. vindicetur vel ad alium pertinere negetur VIII, 5). Den Vortheil gab aber der Beſitz, daß der Beſitzer zuerſt den Beweis des Klagfundamentes vom Gegentheil erwarten konnte (Lex 15 D. de op. novi nunt. 39, 1); daher auch ſo viel Gewicht darauf gelegt wird, wo möglich poſſeſſoriſche Rechtsmittel zur Wahrung des Beſitzes und Erhaltung der damit verbundenen beſſeren proceſſualiſchen Stellung anzuwenden. Vergl. Lex 3 §. 10 de oper. nov. nunt. und Lex 6 §. 1 si serv. vind. (8, 5). Die poſſeſſoriſchen Rechtsmittel dienten auch dem Eigenthümer gewiß beſſer, um Eingriffe eines Fremden in ſein Eigenthum abzuwehren, ſo lange noch kein Beſitzſtand für den Letzteren (durch Nachläßigkeit des Eigenthümers) eingetreten war, als die negatorio actio. Wenn jedoch die letztere von dem noch nicht aus ſeinem Beſitz verdrängten Eigenthümer gegen Denjenigen angeſtellt wird, welcher ſich Störungen des Eigenthumsrechtes zu erlauben anfängt, in dieſem Falle hat dieſe Klage die Natur einer provocatio, ſie geht nur dahin (wie eine Beſitzklage), daß der Störende ſich ruhig verhalte, oder ſein Recht nachweiſe. In dieſem Falle kann, der Natur der Sache nach, den Negatorienkläger die Beweislaſt nicht treffen.

Digitized by Google

Ich habe mich nun noch kurz darüber auszusprechen, in wie weit ich die bisher entwickelten Grundsätze auch nach unserem einheimischen positiven Rechte begründen zu können glaube. L.R.S. 544e enthält im Allgemeinen eine Zusicherung des publicianischen Schutzes für den fehlerfreien Besitz. Siehe Brauers Erläuterungen. Man wollte dem Rechte des Besitzes im Allgemeinen eine mit dem gemeinen Rechte übereinstimmende Grundlage geben. Der Besitz, heißt es, soll alle Wirkungen des Eigenthums haben, also des vollkommensten Schutzes genießen, so lange, bis ein Gegner einen stärkeren Besitz oder ein stärkeres Recht geltend macht. Dieses Geltendmachen kann unmöglich geschehen ohne Beweis, durch bloßes Behaupten oder Klagen. Selbst der jüngste, fehlerhafte Besitz soll so lange geschützt werden, bis ein Anderer einen stärkeren Besitz nachweist, d. h. darthut, daß er das Grundstück vor dem Andern ein Jahr lang ungestört u. s. w. inne gehabt, und den Besitz nur unrechtmäßiger Weise verloren habe. Diese Bestimmung kann nun wohl keinen Zweifel dagegen aufkommen lassen, daß auch der Negatorienbeklagte, wenn er Besitzer ist, verlangen könne, so lange im Besitze geschützt zu werden, bis der Kläger ein besseres Recht nachweise *).

Als Ausnahme dieser allgemeinen Bestimmungen betrachte ich aber den L.R.S. 691. Ich kann mich nicht von der Richtigkeit der oberhofgerichtlichen Ansicht in Jahrb. neue Folge I, 1. S. 40 überzeugen. Wenn L.R.S. 691 den dort bezeichneten Dienstbarkeiten die Eigenschaft beilegt, daß sie niemals durch Ersitzung erworben werden können, so ist damit freilich nicht gesagt, daß dem Besitz einer solchen Dienstbarkeit auch der Schutz der possessorischen Rechtsmittel entzogen (daß er wie ad usucapionem, so auch ad interdicta wirkungslos) seyn solle, denn Eigenmacht kann nie geduldet werden; das Gesetz wollte aber mit dieser Bestimmung gerade zu Gunsten des Eigenthümers die allgemeine Vermuthung aufstellen, daß ein jeder Besitz (faktische Ausübung) einer solchen Dienstbarkeit ein precärer sei (den Grund s. in Toullier vol. II, S. 180 Nr. 621). Diese gesetzliche Vermuthung ersetzt gerade den Beweis, welchen der Eigenthümer sonst zur Anfechtung des Besitzes des Servituteninhabers würde führen müssen; die Lage beider Theile ist dadurch ganz geändert; und wenn das Gesetz einmal festgesetzt hat, daß ein jeder solcher Besitz, wofern sich der Besitzer nicht mit einem Rechtstitel ausweist, als ein precärer, d. h. als ein solcher angesehen werden solle, dessen Fortdauer lediglich von dem guten Willen des Eigenthümers abhänge (S. Toullier a. a. O.), so kann der Inhaber einer solchen Dienstbarkeit, diesem Gebote gemäß, nur entweder auf den Wink des Eigenthümers seinen bisherigen Besitz aufgeben, oder eine Rechtsurkunde vorbringen, um den Gegenbeweis dessen zu führen, was das Gesetz vermuthet wissen will. Nur so wird die Absicht des Gesetzes erreicht. Darum nämlich soll in diesem Falle der Besitz gar keines Schutzes genießen, damit kein Eigenthümer, aus Furcht eines gegen ihn erwachsenden Besitzstandes, Bedenken zu tragen brauche, aus nachbarlicher Freundschaft etwa, dergleichen Handlungen precario zu gestatten (Toullier a. a. O.). Wenn nun der Besitz in diesem Falle gar keines Schutzes genießen soll, dann kann sich der Beklagte natürlich nur auf sein Recht berufen, und dies muß er als Einrede beweisen, daher, weil Verjährung kein gültiger (natürlich mit Ausnahme der schon unter der Herrschaft des alten Rechtes erworbenen Dienstbarkeiten der Art) Erwerbsgrund seyn soll, einen Rechtstitel produziren.

Analog der im L.R.S. 691 bezeichneten Dienstbarkeiten behandelt unser Landrecht die Grundpflichtigkeiten. Das Gesetz erklärt sie für rechtswidrig und daher für schutzlos, so fern sie nicht 1810 schon in rechtmäßiger Uebung waren, L.R.S. 710 g. h. Im Falle eines Negatorienprocesses muß demnach der Inhaber einer solchen Grundpflichtigkeit sogleich (ohne zuvor einen Beweis von dem Negatorienkläger verlangen zu können) darthun, daß er 1810 sich schon in der Ausübung seines Rechtes befand.

Das Gesetz scheint sogar zu verlangen, daß er eine rechtmäßige Uebung, demnach entweder die Ersitzung vor 1810 oder einen sonstigen Rechtstitel nachweise. Vielleicht wollte jedoch das Gesetz mit dem Worte rechtmäßig nicht so viel sagen; es konnte natürlich nur einer rechtmäßigen Ausübung seine Sanction ertheilen. Es konnte nicht uneingeschränkt einer jeden im Jahr 1810 vorhandenen Ausübung seinen Schutz zusichern, sonst würde es damit auch eine malæ fidei possessio gerechtfertigt haben; wenn aber der Inhaber einer Grundpflichtigkeit dem klagenden Eigenthümer oder Grundpflichtigen gegenüber den Beweis geführt hat, nicht von seinem Rechte, sondern nur, daß er bereits vor 1810 im Besitz dieser Grundpflichtigkeit gewesen sei, sollte dann nicht die allgemeine præsumtio boni für die Rechtmäßigkeit dieses Besitzes so lange streiten müssen, bis der Negatorienkläger nach den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen einen bessern Besitz, einen ältern Zustand der Freiheit nachgewiesen hat? Ich wäre eher geneigt, mich für die letztere Ansicht zu entscheiden; denn alle neue Gesetze, welche alte wohl erwor-

*) Das Eigenthumsrecht eben ist ja ein solches besseres, oder wie der S. 544e sich ausdrückt, ein stärkeres Recht. Dem Eigenthümer steht gegen den Besitzer, als solchen, ja auch die Vindikation zu.

D. R.

Digitized by Google

bene Rechte angreifen, sind streng auszulegen, und es könnte zu großen Rechtskränkungen führen, wenn man von einem jeden Inhaber einer Grundpflichtigkeit den Beweis einer vor 1810 vollendeten Verjährung verlangen wollte.

Hinsichtlich der vor dem Jahre 1810 ausgeübten Dienstbarkeiten des L.R.S. 691 scheint es mir aber viel weniger zweifelhaft, daß der negatorie beklagte Besitzer mehr nicht als einen vor 1810 begonnenen Besitz, nicht die Vollendung der Verjährung vor dem genannten Zeitpunkte, nachzuweisen brauche, um sich damit den andern, vom Gesetze mehr begünstigten, Besitzern gleichzustellen, und daher den (nach den oben entwickelten Grundsätzen zu führenden) Beweis von Seiten des Negatorienklägers erwarten zu dürfen, bevor er nöthig habe, sein „Recht" darzuthun; oder, was dasselbe ist, entweder den schwierigen Beweis der vor 1810 vollendeten Verjährung zu führen, oder seinen rechtmäßigen Erwerb durch einen sonstigen Rechtstitel nachzuweisen. Dies aus folgendem Grunde: das Gesetz konnte und wollte keine rückwirkende Kraft haben, daher auch die Vermuthung der Precarietät (der precaria possessio) dem vor 1810 begonnenen Besitze nicht eben so beilegen, wie es dies dem jüngeren Besitze thut. Wenigstens ist dies nirgends ausgesprochen; vielmehr sagt das Gesetz nur so viel, daß seit 1810 kein Besitz einer solchen Dienstbarkeit eine, damals noch nicht vollendete, Ersitzung herbeiführen solle. Der vor 1810 begonnene Besitz muß aber doch dem Negatorienkläger gegenüber noch jetzt denselben Schutz genießen, den er 1809 gehabt haben würde; wenn daher die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze richtig sind, so müssen sie auch bei den Dienstbarkeiten des L.R.S. 691 zur Anwendung kommen, so bald der beklagte Besitzer nachgewiesen hat, daß er nach altem Recht zu beurtheilen sei. Die Fortdauer des Besitzes seit 1810 kann ihm zwar wohl nichts zur Verjährung nützen, aber doch gewiß auch seine processualische Lage nicht verschlimmern. Nur vom Erwerbe der Dienstbarkeiten, nicht von dem Schutze des Besitzes spricht aber L.R.S. 691.

Dr. Muncke.

II.

Ueber Erbverzeichnisse und Erbtheilungen.

Die Annalen der großherzoglich badischen Gerichte vom 23. Jänner 1836, Nr. 4, bringen obigen Gegenstand zur öffentlichen Sprache, die hohe Wichtigkeit, welche derselbe für die allgemeine Wohlfahrt trägt, bewegen mich, Folgendes darüber auszusprechen.

Als uninteressirter Rathgeber der Parteien, würde ich Jedem rathen, seine Erbverzeichnisse und Erbtheilungen durch einen Notar fertigen zu lassen, wenn ihn auch die Gesetze an diese Form nicht binden, weil diese Urkunden öffentlichen Glauben haben, seine bürgerlichen Verhältnisse besser consolidiren und vielen Streitigkeiten und Processen vorbeugen. Die sich dadurch ergebenden größeren Kosten compensiren sich mit der Unantastbarkeit seiner Rechtsverhältnisse, mit seiner Ruhe im öffentlichen Leben und der ungestörten Eintracht in seiner Familie. Dieser Sinn liegt offenbar in der Verordnung des Regierungsblattes vom Jahrgang 1810 Nr. XI, Abschnitt F. Hingegen soll und kann nach dem Geist und Buchstaben unseres bürgerlichen Gesetzbuches keine Tendenz in ihr vorherrschen, den selbstständigen Bürger in seinen Handlungen bevormunden zu wollen, denn der Staat hat nur die Mittel aufzustellen und sie dem Staatsbürger zu zeigen, durch welche er alle seine Verhältnisse im öffentlichen Leben in dessen mannigfachen Abstufungen consolidiren kann, dann hat er seine Schuldigkeit gethan. Vernachläßiget der Staatsbürger den Gebrauch dieser Mittel, so war diese Handlung willkührlich und der Ausspruch der Gesetze (L.R.S. 1b), daß Rechtsunwissenheit schadet, trifft ihn mit Recht. Volenti non fit injuria. Nach diesen Vorausschickungen wollen wir nun die Rechtsverhältnisse der Erbverzeichnisse und Erbtheilungen und ihrer Errichtung zur Vergleichung mit obiger Verordnung im Regierungsblatt also aufstellen.

I. Denjenigen muß die Staatsanstalt schützen, der im Augenblick nicht im Stande ist, dieses zu thun, dahin gehören Abwesende, Minderjährige und Mundlose, wohin nach L.R.S. 513a Mundtodte im zweiten Grade zu rechnen sind. Die Vermögensverzeichnisse und Erbtheilungen sind auf Betreiben des Waisengerichts durch den Staatsschreiber öffentlich vorzunehmen und zu beurkunden. Möglich ist übrigens der Fall, daß ein Erbverzeichniß öffentlich vorgenommen werden muß und die Erbtheilung durch Privaturkunde errichtet werden kann, wenn nämlich die Kinder, welche bei Errichtung des Erbverzeichnisses minderjährig waren, das Erbe erst vertheilen, wenn sie alle volljährig sind, was auch umgekehrt mit dem Erbverzeichniß der Fall seyn kann. Es unterliegt daher die Erbtheilung, hinsichtlich der Form ihrer Errichtung, der nämlichen Beurtheilung wie das Erbverzeichniß selbst; L.R.S. 819. Denn das Erbverzeichniß ist eine Handlung, wodurch die Erben eines Verstorbenen oder dessen Rechtsfolger den Zustand dessen Verlassenschaft in Gewißheit setzen wollen, während eine Erbtheilung darin besteht, daß mehrere Personen, welche gemeinschaftliches Erbgut besitzen, diese Gemeinschaft aufheben und die Gegenstände bestimmen, welche Jeder für seinen Antheil erhalten soll.

II. Wo der Staat wegen Erbfolgerecht, Erbpflichtigkeit, Abzugsschuldigkeit, Erbaccise, als Gläubiger wegen Desertionsstrafen, oder Vorschuß für Kosten wegen begangener

Digitized by Google

Verbrechen (S. 820) betheiliget ist, muß das Erbverzeichniß ebenfalls in öffentlicher Form auf Betreiben der Staatsgüterverwaltung geschehen (Sätze 769 und 772, 820). Die Konstatirung des Staatseigenthums fordert besondere Aufmerksamkeit und Pünktlichkeit, wenn die Verwaltung nicht der Vorwurf der Gleichgültigkeit treffen soll.

III. Die übrigen in obigem Regierungsblatt aufgetragenen Fälle: 1) wo Einer in einer Ehrgemeinschaft lebt (S. 1414) und auch wegen dessen Rechtsähnlichkeit, hinsichtlich der in die Ehe bringenden Schulden des liegenden und fahrenden Vermögens; 2) wo eine Verlassenschaft zu Aftererbschaft bestimmt wird (S. 1058); 3) wo eine auf reine Nichtgemeinschaft verheirathete Frau unter den Erben ist; 4) wo eine Frau das Recht der Entschlagung retten will (S. 1556); 5) wo die Vorsicht des Erbverzeichnisses (S. 794) vorbehalten wird, betreffen lediglich die Betheiligten, diese haben für die Errichtung des Erbverzeichnisses und der Erbtheilung in gesetzlicher Art zu sorgen und sie zu betreiben.

Der Staat hat kein Recht, sie zu bevormunden, weil sie selbstständig sind, ihre Rechtsverhältnisse daher selbst ordnen können und sollen, oder andernfalls die Folgen, welche theils im Verlust der Vortheile, welche die Form des Inventars geben soll, theils in der Unsicherheit des Rechtsgeschäfts und dessen Wirkungen, theils in Regreßklagen (L.R.Sätze 475 und 772) bestehen, sich selbst zumessen müssen, und der Staat nur sorgt, wo das Interesse Minderjähriger und des Staatsfiskus im Spiel liegt und dafür besondere Beamte aufgestellt hat. Die Polizei- oder Oberpolizeibehörde kann durch ihre Dispensationen diese landrechtlichen Bestimmungen nicht ändern, die Staatsbehörde kann höchstens erklären, daß sie hinsichtlich ihrer Rechtsansprüche, mit Ausnahme des Erbfolgerechts, mit einer Privaturkunde zufrieden sei, was sie aber nur thun soll, wenn ihre Befriedigung auch auf diesem Weg garantirt ist.

IV. Aber es gibt auch Fälle, wo Minderjährige konkurriren und doch die Vornahme eines Erbverzeichnisses in öffentlicher Form nicht nothwendig ist, Fälle nämlich, wo Heirathsverträge diese überflüssig machen. Z. B. was bei Israeliten, die sich vor dem Jahr 1809 heiratheten, und in ihren, meist von den Rabbinern errichteten, Heirathsverträgen eine reine Nichtgemeinschaft bedingen, oft vorkommt, wo nämlich die Erben der Frau das im Heirathsvertrag in Geld berechnete Beibringen derselben, ohne Theil am Gewinn oder Verlust zu haben, und sonst nichts ansprechen können. Hier ist, wenn die Frau zuerst stirbt, der Heirathsvertrag das Erbverzeichniß. Sind minderjährige Erben vorhanden, und es beginnt die Erbtheilung, so muß sie in öffentlicher Form geschehen. Der nämliche Fall ist vorhanden, wenn ein Heirathsvertrag vorliegen würde, der dem Letztlebenden die Errungenschaft oder Einbuße allein zuscheidet und dem Zuerstabsterbenden statt dem Naturaleinbringen nur dessen Anschlag, den er im Beibringensverzeichniß trägt, als zurücknehmendes Vermögen bezeichnen würde.

V. Stellen wir unsere Betrachtungen über die gesetzliche Nothwendigkeit der Erbverzeichnisse und Erbtheilungen in öffentlicher Form nun zusammen, so ergibt sich folgende Aufzählung:

1) Wegen Minderjährigen und den ihnen gleichgeachteten Abwesenden, Mundlosen und Mundtodten zweiten Grades.

2) Wegen Interesse des Staats aus Erbfolgerecht, Erbpflichtigkeit, Abzugsschuldigkeit, Erbaccise, aus Desertionsstrafen und Kostenvorschuß wegen begangener Verbrechen.

3) Wo eine Erbschaft unter der Vorsicht des Erbverzeichnisses angetreten werden will S. 794 (wo sie also angetreten werden muß, S. 461, gehört der Fall unter Nr. 1).

4) Wo eine Ehefrau das Recht der Entschlagung retten will (S. 1456).

5) Wo eine Aftererbschaft angeordnet ist (S. 1058).

6) Wo ein Erfolgerecht des überlebenden Ehegatten oder anerkannter natürlicher Kinder statt hat (Sätze 769, 773).

7) Wo eine Gütergemeinschaft in Errungenschaftsweise einen Erben dazu verpflichtet (S. 1499).

8) Wo die Schulden von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden (S. 1510).

Die Veranlassung und Betreibung der Errichtung soll nach unserer Gesetzgebung geschehen:

ad 1) Durch das Waisengericht.

„ 2) Durch die Staatsgüterverwaltung.

„ 3—8) Durch die Betheiligten, oder sie haben sich die nachtheiligen Folgen selbst zuzuschreiben, wenn sie selbstständig sind. Der Notar selbst soll wie der Richter unthätig seyn, bis eine Partei seine Amtsthätigkeit in Requisition setzt. Diese Einrichtung liegt im Geist unseres Gesetzbuchs und seiner ursprünglichen Bestimmung.

VI. Den größten Verdienst um die badische Gesetzgebung hat sich in dem großen Raum seines Wirkens wohl der verstorbene Staatsrath Brauer erworben, denn nicht nur die Redaction des Code Napoleon als badisches Landrecht, das erste Einführungsedikt und die Erläuterungen des Landrechts verdanken wir seiner Kraft, sondern frühere Gesetze, als die Physikatsordnung, die Hofraths- und Kirchenrathsinstruktion, die Organisationsediktr von 1803 — 1807, die Obergerichtsordnung, die Staatsschuldenpragmatik, die Archivordnung, die Eheordnung, einige Constitutionsediktr ꝛc. ꝛc., waren im Entwurf Produkte seines Geistes und seiner rastlosen Thätigkeit.

Derselbe hat durch den Nachtrag zur Notariatsordnung vom 20. Mai 1809 ad §. 42 nur die Erbverzeichnisse für die Fälle 1, 2 und 3 des vorigen Paragraphen, und diese nur zur Zeit an den aufzustellenden Bezirksstaatsschreiber

Digitized by Google

gewiesen und dies wahrscheinlich nur aus finanziellen Rücksichten, um den fixen Gehalt der früher als Staatsdiener besoldeten Bezirksstaatsschreiber zum Theil damit zu surrogiren und dem Staat dadurch eine Pensionslast, so lang er lebt und thätig ist, abzunehmen; von den übrigen Erbverzeichnissen heißt es ausdrücklich, daß außer diesen Fällen, den Erben ihre Erbverzeichnisse zu errichten, durch wen sie wollen (id est durch welchen Staatsschreibereiberechtigten), freisteht. Dies scheint dem Unterzeichneten der eigentliche Standpunkt zu seyn, von welchem die Bewegungen in den Notariatsgeschäften ausgehen und die Betrachtungen darüber angestellt werden sollen, deßwegen ist das Institut der Amtsrevisorate, wie sie jetzt bestehen, mit einer solchen Geschäftsevolution im Widerspruch, weil sie patriarchalische Bevormundungen des mündig erklärten Staatsbürgers in mancher Rücksicht noch ausüben, dadurch der freiern Bewegung des Staatsbürgers in den Weg treten und daher bei dem Fortschreiten in der Kunst der Gesetzgebung zurückgeblieben sind. So lange dieser Zustand daher besteht, müssen Verordnungen erscheinen, welche ihn schützen, wodurch sie mit dem erhabenen Geist unserer Gesetzgebung in Widerspruch kommen.

Nachdem die ärarischen Bannrechte aufgehoben sind, Regierungsblatt Nr. 30, 1835, welche auf das Leben der öffentlichen Gewerbthätigkeit so ungünstig wirkten, so werden endlich auch jene Schranken fallen, welche den freien Willen des Staatsbürgers in den Bann legten, wenn er nach dem Grade seines Zutrauens und der Reife seiner Erfahrungen die wichtigsten Verrichtungen seines Lebens, wovon seine Ruhe und der Wohlstand seiner Familie oft abhängig waren, ordnen wollte. Dieser erhabene Geist weht im Prinzip unserer Gesetzgebung, er muß sich als absolute Folge auch auf die Vollzugsverordnungen unserer Gesetze übertragen und auf diesem Wege wird ein harmonisches Ganzes erscheinen, das, erhaben über alle Widersprüche, in der öffentlichen Meinung wie im praktischen Leben, seine Anerkennung finden wird.

J. P. Sonntag.

III.

Curiosum juridicum.

Ein Grundherr, welchem das Recht zum Bezuge von Judenschutzgeldern zwar nicht bestritten war, behauptete dabei aber, daß von seiner Willkühr allein die Festsetzung des Maßes abhänge, setzte auch, auf diese Behauptung sich stützend, in einem einzelnen Falle das Maß des Judenschutzgeldes willkührlich fest, und gerieth so, da sofort die willkührliche Festsetzung des Maßes bestritten worden ist, in einen Rechtsstreit.

In den Entscheidungsgründen dieses Rechtsstreites sagt nun der Unterrichter, gewiß zur Warnung aller Richter, sich nicht so ins Feld der sogenannten Philosophie zu verirren, Folgendes:

„Um zur gehörigen Beurtheilung der Streitfrage zu gelangen, wollen wir den aufgestellten klägerschen Behauptungssatz fürs erste etymologisch-phylosophisch prüfen, und fürs zweite fragen, welche Beweise er für seine Willkühr beigebracht hat."

„Die Willkühr ist eigentlich Wille, der als wählend erscheint."

„Der Wille ist Begehrungsvermögen, nämlich die Kraft, durch seine Vorstellungen zur Hervorbringung des Objekts derselben wirksam zu seyn."

„Eigentlich ist der Wille das Vermögen, nach Vorstellungen der Vernunft zu begehren. Wenn nun der Wille ein Produkt der reinen Vernunft ist, so muß er auch als höchste und reinste Freiheit, nach Kant, in Harmonie mit der Vernunft betrachtet werden."

„Wir stehen also auf dem Felde der Phylosophie, und das höchste Princip wird nur einen Willen, somit auch die Macht des Willens zwischen verschiedenen Vorstellungen als einen reinen erkennen, der von ihm als Urprincip, nämlich von der größten Vollkommenheit und Sittlichkeit ausgegangen ist."

„Es wird sich daher fragen, in welchem Verhältniß steht das gegenwärtige Begehrungsvermögen des A (des Grundherrn) mit den obersten Principien der Vernunft und der reinsten Freiheit, kann dieses sein Begehren das Objekt hervorbringen, und muß der Richter dieses sein Begehren als höchst moralisch und rechtlich erkennen?"

„Daß A sein Begehrungsvermögen als Eigenschaft der Vernunft in das Unendliche ziehen kann, unterliegt nach der unbeschränkten philosophischen Freiheit des Menschen gar keinem Bedenken, ob aber der Geforderte die Summe als Objekt der A'schen Vorstellung duldet, wirkungslos, somit lediglich Materie bleibt, oder ob er in günstiger Abstraktion mit der A'schen Vorstellung sich verpaart, somit eines mit ihm wird, ist eine andere Frage".

„Letzteres wäre die höchste Verschmelzung in der Geisterwelt, und demnach würden beide als geistige Wesen von der irdischen Glückseligkeit nichts mehr bedürfen."

„A will aber von der irdischen Glückseligkeit des Juden den geforderten Betrag aus Causalverhältnissen in unserer Sinnenwelt, und zwar nach seiner unbeschränkten Willkühr, und weil das höchste Gesetz der praktischen Vernunft sagt, handle nach solchen Maximen, welche zu Gesetzen für alle vernünftige Wesen tauglich sind, so wird sich fragen, ob er eine solche Willkühr in der Sinnenwelt unbeschadet der Freiheit Anderer geltend machen kann u. s. w."

X.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 29. | Karlsruhe den 16. Juli 1836.

I.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über Eideszuschiebung wegen unerlaubter Handlungen. Zur Erläuterung des §. 569 der Procesordnung.

D. hatte mit R. zu gleichem Antheil die Steinhauerarbeit zum Finanzministerialgebäude in Karlsruhe übernommen, und Beide geriethen wegen ihrer gegenseitigen Abrechnung mit einander in Streit. Der Beklagte R. behauptete dabei unter andern: es habe ihnen das Finanzministerium unter andern eine Abschlagszahlung von 2000 fl. gemacht, D. habe ihn zur gemeinschaftlichen Ausstellung der Quittung holen lassen, ihm aber gesagt, die Abschlagszahlung betrage nur 900 fl., worauf er, ohne weiters in die schon projektirte Quittung zu sehen, solche unterschrieben, und die Hälfte der 900 fl. empfangen habe. Es müsse nun dem D. der Zuvielempfang an der wirklich geleisteten Abschlagszahlung mit 550 fl. in Aufrechnung gebracht werden. D. läugnete diesen Hergang, und R. schob ihm darüber den Eid zu, den aber der Unterrichter, hingesehen auf den §. 569 der Pr. Ordn., verwarf. Dagegen ward hieher appellirt, und gegen den Antrag des Respicienten von der Majorität nachstehende Meinung gebilligt.

Wenn man den Begriff der im §. 569 erwähnten unerlaubten Handlungen als gleichbedeutend mit jeder unrechten, moralisch nicht zu rechtfertigenden Handlung ansehen wollte, so würde der §. 569 eine solche Ausdehnung gewinnen, daß man am Ende über Verträge und Vorkommenheiten in ihnen gar keinen Eid mehr zuschieben könnte, denn da zumal bei doppelseitigen Verträgen jeder Kontrahent auf seinen Vortheil bedacht seyn darf, und dessen Erreichung, abgesehen von einem etwaigen Affectionswerth, beinahe nothwendigerweise einen Nachtheil des andern Kontrahenten enthält, wie z. B. bei dem Kauf ein zu geringer Preis der Waare einen Nachtheil des Verkäufers darstellt, so könnte man alle solche in foro interno verwerflichen Vortheile als unerlaubte Handlungen ansehen, und ihren Beweis durch Eid verwerfen wollen. Damit wäre aber aller Verkehr gehemmt und vernichtet, und man wird daher den Begriff der unerlaubten Handlungen auf solche beschränken müssen, welche in foro externo, in dem Strafgesetz verboten, und mit einer Strafe bedroht sind. Die Zusammenstellung der unerlaubten Handlungen mit den strafwürdigsten Handlungen, mit den Verbrechen, und insbesondere die alsdann eintretende gemeinschaftliche Vorbedingung der Zulassung des Eides, die Erledigung des Strafverfahrens, weist darauf nothwendig hin, denn da der Eid nach Erledigung des Strafverfahrens überall zuläßig ist, so muß auch zur Begründung dieser überhaupt Statt findenden Zuläßigkeit des Eides ein Strafverfahren über jene unerlaubten Handlungen, worüber ein Eid zugeschoben werden will, eingeleitet werden können, und kann dieses nicht geschehen, weil die unerlaubte Handlung keine im Strafgesetz mit einer Strafe bedrohte Handlung ist, so ist sie auch nicht in dem Sinn des §. 569 der Pr. Ordn. unerlaubt, daß darüber kein Eid Statt finden könnte.

Aber auch mit dieser im Allgemeinen gewiß richtigen Beschränkung, wäre gerade bei dem Vergehen des Betrugs, worunter allein die dem D. vorgehaltene Handlung zu stellen ist, noch kein praktisches Resultat gewonnen, weil es allerwärts bekannt ist, daß es bei dem Betrug der Gesetzgebung äußerst schwer fällt, für die gar nicht aufzählbaren Verschiedenheiten der Art und Weise, und der Gestalt des Betrugs, zumal in Verträgen, eine Gränzlinie zwischen dem an und für sich unerlaubten aber nicht strafwürdigen, und dem überall unerlaubten strafwürdigen Betrug zu ziehen. Daß nicht aller Betrug in Verträgen kriminell strafbar ist, beweist schon das Landrecht dadurch, daß es sich mit ihm als Gegenstand seiner Verfügungsgewalt in den L.R.S. 1116, 1117 beschäftigt. Es ist aber auch nicht aller Betrug in Vertragsfällen kriminell straflos, sonst wäre der Verkehr den schamlosesten Betrügereien preisgegeben, und das Vertrauen auf Treue und Glauben, welches den Verkehr unter Menschen vor Allem belebt und nährt, wäre in der Strafloſigkeit der abgefeimtesten Hinterliſt

Digitized by Google

vernichtet. Aus unſerm ſo unvollſtändigen Strafgeſetz iſt irgend eine nähere Beſtimmung des ſtrafbaren, gegen den kein Strafverfahren veranlaſſenden Betrug, wahrlich nicht zu entnehmen, und wollte man ſolche in der wiſſenſchaftlichen Feſtſtellung des Betrugs, der Lehre der Fälſchung nach dem gemeinen deutſchen Strafrecht ſuchen, ſo finden wir darin die Anſicht der neuen Kriminaliſten, daß der Betrug ein ſelbſtſtändiges Vergehen gegen das Recht auf Wahrheit ſeie, und wir müßten am Ende nicht nur jeden Betrug, ſondern auch jedes Abläugnen einer an ſich wahren Sache in einer Litiskonteſtation als Fälſchung beſtrafen. Iſt ſonach in dieſer Hinſicht nichts zur nähern Erläuterung und Beſchränkung des §. 569 aufzufinden, ſo ſcheint ſeine richtige Auffaſſung ſelbſt ſchon eine Schranke ſeiner Anwendbarkeit an die Hand zu geben, denn er ſagt nicht, daß der Eid über alle unerlaubte Handlungen unſtatthaft ſeie, ſondern er ſagt, der Eid ſeie da über unerlaubte Handlungen unſtatthaft, in wie fern nur daraus abgeleitete privatrechtliche Befugniſſe verfolgt werden. Wenn alſo z. B. Einer wegen eines Diebſtahls klagt, und daraus eine Entſchädigungsforderung ableitet, über die Thatſache des Diebſtahls aber den Eid zuſchiebt, ſo leitet er nur aus dem Diebſtahl ſeine privatrechtliche Befugniß ab, und dieſer Eid iſt vor Erledigung des Strafverfahrens unſtatthaft. Wendet man nun dieſe Beſchränkung auf den Betrug an, ſo wird uns alsbald die Eintheilung des Betrugs in den causam contractui dans, und in den dolus incidens einfallen, ſo daß man ſagen könnte, der dolus causam dans war die Veranlaſſung des Vertrags ſelbſt, ſollen nun aus dem Vertrag, wenn auch nur wegen ſeiner Nichtigkeit, privatrechtliche Befugniſſe verfolgt werden, ſo ſind ſie aus dem Betrug, als der Quelle des Vertrags, ſelbſt abgeleitet, und in ſo fern nicht in ihrer thatſächlichen Begründung auf den Betrug vor Erledigung des Strafverfahrens durch Eid erweislich. Der dolus incidens dagegen betrifft nur Nebenbeſtimmungen, auch ohne dieſe wäre der Vertrag geſchloſſen worden, es werden alſo die verfolgten privatrechtlichen Befugniſſe nicht allein aus dem dolus abgeleitet, und in ſo fern iſt alſo derſelbe durch Eid erweislich. Allein! Vorerſt iſt die Unterſcheidung zwiſchen dem dolus causam dans und incidens eine ſehr undeutliche, und als auf einen und eben denſelben Vertrag ſich beziehend eine genau zuſammenhängende Unterſcheidung, denn mag man den letztern auch nur auf Nebenbeſtimmungen, wie z. B. Toullier VI. Nr. 90 auf den höhern oder niedern Preis beziehen, ſo ſind eben die Nebenbeſtimmungen der Verträge immerhin Vertragsbeſtimmungen, gerade ihre Aufſtellung, ihr Zugeben kann den Vertrag ſelbſt zu Stand gebracht haben, gerade der Betrug in der Preisbeſtimmung kann den Käufer zum Kauf bewogen haben, und ſo wird man in der Unklarheit des Unterſchieds zwiſchen dolus causam dans und incidens auch keine klare Vorſchrift der Anwendbarkeit des §. 569 auf den Betrug erhalten. Ueberdies aber wird auch nicht jeder unzweifelhaft als ſolcher ſich darſtellende dolus causam dans ein ſtrafwürdiger ſeyn, wie aus nachſtehendem Beiſpiel am beſten hervorgeht. Eine Stadtgemeinde ſetzte ihren Schäfereipacht zur öffentlichen Verſteigerung aus. Einige Liebhaber und Geſellſchafter erkundigten ſich nun nach andern Liebhabern, und beredeten ſolche dahin, daß ſie alle die Schäferei in Gemeinſchaft pachten wollten, um aber den möglichſt niedern Preis zu erhalten, ſo ſollten alle als einzelne Steigerer auf eigenen Namen erſcheinen, und ſich nur bis auf einen beſtimmten äußerſt niedern Preis überbieten, alsdann aber die darum erhaltene Schäferei gemeinſchaftlich betreiben. Geſagt, gethan. Die Schäferei kam um 500 fl., anſtatt um einen wahren Werth von 1100 fl., in Zuſchlag, allein was unter ſo ehrlichen Leuten vorauszuſehen war, trat alsbald ein, die eigentlichen Erfinder des Plans hielten den Andern ihr Wort der Zulaſſung zur Theilnahme an der Schäferei nicht, daraus entſtanden Klagen auf Zulaſſung zur Theilnahme, und da die Stadtgemeinde aus dieſen Klagen die Kenntniß von dem wahren Hergang der Verſteigerung erhielt, ſo klagte ſie wegen Betrugs auf Aufhebung der Verpachtung, welche Klage man für rechtlich begründet hielt, und zum Beweis zuließ. Hier lag offenbar in dieſem betrügeriſchen Bild einer wahren Steigerung eine den Zuſchlag als das Zuſtandekommen des Vertrags allein nur bedingende Hintergehung der Stadtgemeinde, und doch war kein Betrug vorhanden, welcher das Einſchreiten der Strafbehörde gerechtfertigt hätte. Umgekehrt möchte aber in dem Fall, wo der Verkäufer die verkaufte Sache nur gegen ein ausbedungenes Handgeld dem Käufer übergibt, und dieſer ihm eine Rolle Bleiſtücke für Krouenthaler einhändigt, ſich aber für bezahlt quittiren läßt, gewiß ein ſtrafwürdiger Betrug vorliegen, obſchon er in Bezug auf die Nebenbeſtimmung einer arrha nur ein dolus incidens iſt, und aus beiden Beiſpielen möchte daher folgen, daß die Unterſcheidung zwiſchen dolus causam dans und incideus irgend eine ſichere Richtſchnur für die Anwendung des §. 569 hinſichtlich des Betrugs nicht darreichen kann. Ohnedies iſt bei dem Betrug das Mittel, welches der Betrüger zur Unterdrückung und Fälſchung der Wahrheit angewendet hat, und die Größe der dadurch beeinträchtigten Rechte, der beigebrachte Schaden, das Strafwürdige, und in ſo fern auch das Strafmeſſende des Vergehens; und wenn nun bei einem dolus incidens ſehr abgeſeimte Hintergehungen angewendet, und bedeutende Beſchädigungen des Betrogenen an ſeinem Vermögen hervorgebracht wurden, ſo würde es einer Strafgeſetzgebung nicht gut anſtehen, eine ſolche Betrügerei ſtraflos zu laſſen, dagegen aber eine in Mittel und Erfolg unbedeutendere Betrü-

Digitized by Google

gerei deßhalb zu bestrafen, weil sie ein dolus causam dans ist. Es ist dieses lediglich ein Begriff des Civilrechts, der die Strafwürdigkeit einer in sich unerlaubten Handlung wohl nicht mit Grund bestimmen kann.

Wenn daher aus dieser Unterscheidung des dolus causam dans und incidens um so weniger ein Richtpunkt für die Anwendung des §. 569 der Pr. Ordn. gefunden werden kann, als auch bei der zufolge des L.R.S. 1116 b aus dem dolus incidens entspringenden Entschädigungsforderung diese Entschädigung nur aus dem *dolus* allein a bgeleitet wird, un der in dieser Beziehung der allein auf den *dolus causam dans* begründeten Verfolgung der Aufhebung des Vertrags gleichsteht, so werden wir wohl bis zum Eintritt unserer neuen so dringend nöthigen Strafgesetzgebung die Anwendbarkeit des §. 569 der Pr. Ordn. nur in billiges Ermessen des Richters zu setzen haben, über dessen Richtigkeit er sich ganz einfach selbst die Probe ziehen kann. Noch zur Zeit ist nämlich der bürgerliche Unterrichter auch zugleich der Strafuntersuchungsrichter, welcher unaufgefordert ein Strafverfahren einleiten kann, so wie er Anzeige eines Vergehens erhält. Erhälter nun in einem bürgerlichen Rechtsstreit die Anzeige von einem in Beziehung auf Vertragsverhältnisse vorgefallenen Betrug, so hat er sich nur selbst zu fragen, ob dieser angebliche Betrug von der Art ist, daß er nunmehr auf die erhaltene Anzeige hin eine Untersuchung einzuleiten hat, und beantwortet er sich diese Frage dahin, daß er die Hintergehung nicht von der Art erachtet, daß sie objektiv die Einleitung eines auch nur polizeilich zu ahnenden Betrugs rechtfertigt, so steht ihm nichts im Wege, den Eid über den Betrug, als eine kein Strafverfahren veranlassende unerlaubte, nur moralisch verwerfliche Handlung zuzulassen. Hier im vorliegenden Fall hat der Unterrichter den angeblichen Betrug nicht von der Art und Höhe erachtet, um eine Untersuchung daraufhin einzuleiten, auch wir als vorgesetztes Kriminalgericht finden uns nicht bewogen, dem Unterrichter als untergebenen Untersuchungsrichter die Einleitung einer Untersuchung aufzugeben, oder auch nur eine polizeiliche Untersuchung zu veranlassen, da nun aber die Partei nach §. 569 in jedem Fall das Recht hat, dem Andern nach erledigtem Strafverfahren über die unerlaubte Handlung den Eid zuzuschieben, so wäre die Nichteinleitung eines Strafverfahrens und die vorausgehende alsbaldige Verwerfung des Eides in der Verunmöglichung des Beweises einer kein Strafverfahren veranlassenden also privatrechtlich bleibenden Handlung eine wirkliche Justizverweigerung, welcher wir uns nicht theilhaftig machen wollen und werden.

Sander.

Anmerkung der Redaction. Mir ist nicht erklärlich, wie man zur Ansicht kommen kann, die im §. 569 der Pr. Ordn. verordnete Unstatthaftigkeit der Eideszuschiebung über unerlaubte Handlungen bis nach erledigtem Strafverfahren beziehe sich auch auf solche Handlungen, die nur unsittlich, dabei aber mit keiner Strafe bedroht sind.

Wegen solcher Handlungen soll ja gar kein Strafverfahren Statt finden, wie könnte man daher sagen: die Eideszuschiebung über dieselben soll bis „nach erledigtem Strafverfahren" ausgesetzt bleiben?

Ueberhaupt halte ich es gar nicht für zweifelhaft, daß auch bei wirklichen Verbrechen, woraus privatrechtliche Verbindlichkeiten abgeleitet werden, die Eideszuschiebung ohne Anstand Statt findet, so lang kein Strafverfahren nach Maßgabe der Strafproceßordnung eingeleitet ist. Wenn das Gesetz sagt, die Eideszuschiebung soll bis nach erledigtem Strafverfahren ausgesetzt werden, so muß es dabei doch unterstellen, daß ein Strafverfahren überhaupt auch bestehe, da man sonst von der Erledigung desselben nicht sprechen kann, und klar ist es, daß die einseitige Behauptung einer Partei in einem bürgerlichen Rechtsstreite, die sie durch Eideszuschiebung beweisen will, noch nicht gerade ein hinreichender Grund ist, wegen der behaupteten Thatsache, wenn sie gleich an und für sich ein Verbrechen begründen würde, auch ein Strafverfahren einzuleiten. Die Eideszuschiebung ist somit von der Frage, ob ein Strafverfahren eingeleitet werden soll? — ganz unabhängig, und erst wenn ein solches überhaupt eingeleitet ist, wird dieselbe bis zu dessen Erledigung suspendirt.

Die diesfallsige Bestimmung des §. 569 der Pr. Ordn. ist nichts anderes, als was in dem vorhergegangenen Titel über den Urkundenbeweis durch die §§. 453 — 456 hinsichtlichtlich der Einrede der Falschheit oder Verfälschung einer Urkunde näher entwickelt ist. Nach §. 454 soll diese Einrede in jeder Beziehung, namentlich auch in Bezug auf den Beweis, wie jede andere Beweiseinrede behandelt werden (also auch dem Beweise durch Eideszuschiebung unterliegen), so lang nicht auf Veranlassung des Produkten oder von Amtswegen eine Untersuchung im Wege des Strafprocesses eingeleitet wird, in welchem Falle die weitere Verhandlung des Rechtsstreits nach §. 455 bis nach Erledigung der eingeleiteten Untersuchung ausgesetzt wird. Dies soll nun nach §. 569 in Bezug auf die Eideszuschiebung in allen Fällen Statt finden, in welchen über die Thatsache, worüber der Eid zugeschoben wird, ein Strafverfahren eingeleitet ist.

D. R.

Digitized by Google

II.

Oberhofgericht.

Beitrag zur Erläuterung der Taxordnung.

Graf von Lurbourg gegen Döring.

In dem, in Nr. 7 der Annalen von diesem Jahre, mitgetheilten Rechtsfalle waren die Kosten des klägerschen Anwaltes vom Hofgerichte nach der dritten Klasse der, für die Deservitenrechnungen der Anwälte bestimmten Taxordnung (vom 10. Juli 1832 §. 4) decredirt worden, weil die Forderung des Klägers, für deren Sicherung der persönliche Verhaft des Beklagten begehrt wurde, weniger als 1000 fl., nämlich nur 875 fl., betrug. Das Hofgericht gieng dabei von der Annahme aus, daß bei Arrestgesuchen zu Sicherung einer Forderung diese letztern, durch welche der Arrest vor Allem bedingt ist (Pr. Ordn. §. 686 Abs. 1), als die Hauptsache zu betrachten, daher ihr Betrag auch der Klassifikation der Taxen der Anwälte zu Grunde zu legen sei.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht dürfte überdieß noch sprechen, daß die Arrestgesuche größtentheils bei der Verfolgung der zu sichernden Forderungen selbst angebracht werden, daß der Arrestbeklagte durch alsbaldige Erfüllung des an ihn gemachten Anspruchs und nach §. 695 der Pr. Ordn., sogar schon durch Sicherheitsbestellung für die klägersche Forderung, den Arrest abwenden und diese Forderung durch das, nebenbei angebrachte Arrestgesuch, nie einen höheren Werth gewinnen kann, als sie vorher hatte.

Der klägersche Anwalt begehrte jedoch die Decretur seiner Deserviten nach der höchsten Klasse der Taxordnung und erhob deßhalb eine Beschwerde gegen die hofgerichtliche Decreturverfügung bei dem großherzogl. Oberhofgerichte, welche er hauptsächlich durch die Behauptung zu begründen suchte, daß da, wo persönlicher Verhaft beantragt worden sei, es nicht auf den Betrag der zu sichernden Forderung, sondern auf den Gegenstand des Arrests ankomme, jener, die Person des Arrestbeklagten, aber einen höhern Werth als 1000 fl. haben müsse ꝛc. ꝛc.

Der oberste Gerichtshof erkannte diese Behauptung im Wesentlichen als richtig an, denn er erließ am 10. Februar v. J. Nr. 661 I. Senats folgenden Beschluß:

„In Erwägung, daß bei dem persönlichen Arrest nicht die zu sichernde Forderung, sondern die Sicherheit der Person, welche mit Arrest belegt werden soll, Hauptgegenstand des Streites ist; und in Erwägung, daß die persönliche Freiheit ein unschätzbares Gut ist, weßhalb bei Rechtsmitteln über persönlichen Verhaft die Summe nach den §§. 1175 Nr. 6 und 1177 der Pr. Ordn. gar nicht in Anschlag kommt und „folglich" die Summe der vierten Klasse angenommen werden muß, wird das Hofgericht beauftragt, die Kosten nach der vierten Klasse zu decretiren."

Anmerkung. Was den ersten Absatz der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe betrifft, so mag es einem jeden Leser überlassen bleiben, zu ermessen, ob im Arrestprocesse die Person des Arrestbeklagten oder die Freiheit desselben Streitgegenstand seyn können.

Den zweiten Absatz der Entscheidungsgründe anlangend, so besagen zwar die darin angeführten Gesetzesstellen:

„§. 1175 der Proceßordnung. Die Appellation findet ohne Rücksicht auf das Daseyn der Appellationssumme Statt."

„6) gegen Urtheile, worin auf persönlichen Verhaft erkannt wird;" — und

„§. 1177. Eine Oberappellation gegen das Appellationsurtheil findet in den Fällen des §. 1175 Nr. 6, auch wenn es an der Oberappellationssumme fehlt, Statt."

Allein hieraus folgt nur, daß, um der Sicherheit der persönlichen Freiheit willen, wohl in den Fällen, in welchen auf persönlichen Verhaft erkannt wurde, ausnahmsweise auch da Rechtsmittel zuläßig sind, wo nach der Streitsumme (d. h. dem Betrage derjenigen Forderung, welche gesichert werden soll) das Rechtsmittel sonst nicht statthaft wäre; die übrigen Gesichtspunkte des Streits und dessen Objekt werden aber nicht geändert.

Eine andere Auslegung würde, wegen der daraus fließenden Consequenzen, zu auffallenden Resultaten führen.

Nähme man an, daß im vorliegenden Falle die höchste Taxe für die Anwälte in Anrechnung kommen müßte, weil, wie der, jener Folgerung vorhergehende Vordersatz der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe sich ausdrückt:

„die Summe nach den §§. 1175 und 1177 gar nicht in Anschlag kömmt,

so müßte man die höchste Klasse nothwendig überall annehmen, wo jener Vordersatz Platz greift; wo also bei der Frage über die Zuläßigkeit eines Rechtsmittels, nach dem Willen des Gesetzgebers, die Summe nicht zur Richtschnur genommen wird.

Es würde daher nur 1) zunächst von der Oberappellation zu sprechen, namentlich auch in dem, weiter in §. 1177 der Pr. Ordn. aufgezählten Falle, wenn der Appellationsrichter der Verletzung einer Vorschrift des Verfahrens beschuldigt wird, immer die höchste Taxe bewilligt werden müssen, wenn das Streitobjekt auch selbst unter 150 fl. betragen, und, dieser Summe nach, in die mindeste Klasse gehören würde. Die Bewilligung der höchsten Klasse in diesem Falle wäre aber, abgesehen von ihrer Unzweckmäßigkeit (indem sie gewissenlose Anwälte zu den frivolsten Oberappellationen ermuntern könnte), schon um deßwillen unrichtig, weil die Bestimmung über die Zuläßigkeit der Oberappellation im letzt gedachten Falle, wie aus den von Weiler'schen Motiven zur Proceßordnung S. 114 hervorgeht, nur darin ihren Grund hatte, daß das fragliche Rechtsmittel hier die, in der Obergerichtsordnung gestattete, Nichtigkeitsbeschwerde ersetzen sollte, und die Obergerichtsordnung, deren Taxbestimmungen, so weit sie nicht ausdrücklich abgeändert wurden, noch zur Anwendung kommen müssen, für die Nichtigkeitsklage keine höhern Taxen zuließ, als das Streitobjekt mit sich brachte.

Wenden wir 2) den oberhofgerichtlichen Grundsatz auf die Appellationen an, so müßte in „allen" Fällen des §. 1175 der Pr. Ordn., in welchen es zur Begründung der Zuläßigkeit der Berufung auf die Appellationssumme nicht ankömmt, also z. B. wenn der Unterrichter bei einer eingeklagten Forderung von 20 fl. die Ladung versagt hätte; wenn ein Anwalt behaupten will, daß die unterrichterliche Entscheidung auf einen unrichtigen Rechtssatz gebaut sei, u. dgl. mehr, das Kostenverzeichniß der Anwälte in der Appellationsinstanz nach der höchsten Klasse decretirt werden. Daß letzteres nicht geschehen dürfte, bedarf keiner Erörterung; daraus ergibt sich aber auch die Unhaltbarkeit eines Motives, das zu solchen Resultaten führen müßte.

Kirn.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 30. Karlsruhe den 23. Juli 1836.

I.

Kann der Staatsanwalt auch in dem Fall den Rekurs gegen hofgerichtliche Straferkenntnisse ergreifen, wenn er glaubt, daß ein Verurtheilter entweder unschuldig, oder die gegen ihn erkannte Strafe zu hart sei?

Nach der allgemeinen Fassung des §. 6 des provisorischen Gesetzes vom 18. Februar d. J., die Rekurse in Strafsachen betreffend, welcher besagt:

> „wenn der Staatsanwalt die Gesetzmäßigkeit eines in Strafsachen ergangenen hofgerichtlichen Erkenntnisses bezweifelt, so kann er hiergegen den Rekurs an das Oberhofgericht ergreifen;"

möchte man allerdings glauben, daß die oben aufgestellte Frage zu bejahen sei. Daß ferner auch in der Praxis die Sache da und dort so ausgelegt wird, dafür scheint wenigstens der Umstand zu sprechen, daß beim großherzoglichen Oberhofgericht schon Rekurse dieser Art von Staatsanwälten anhängig gemacht wurden. Ein weiterer Unterstützungsgrund für diese Ansicht mag vielleicht auch in dem §. 5 des allegirten Rekursgesetzes gefunden werden, wornach die Bestimmung des Organisationsedikts vom Jahr 1809 (Beil. F. §. 31 k), welche dem großherzoglichen Justizministerium früher die Befugniß ertheilte, die hofgerichtlichen Urtheile in Strafsachen zu bestätigen oder zu mildern, nunmehr aufgehoben ist, und dagegen der Staatsanwalt allen Sitzungen des Hofgerichts, in welchen Strafsachen zur Aburtheilung kommen, beizuwohnen hat.

Man könnte nämlich sagen, diese Beiwohnung des Staatsanwalts bei Aburtheilung der Sache, so wie das ihm eingeräumte Recht zur Rekursergreifung, sei als Surrogat an die Stelle der früher dem großherzoglichen Justizministerium Kraft seines Oberaufsichtsrechts über die Verwaltung der Strafrechtspflege zugestandenen Befugniß getreten, die hofgerichtlichen Straferkenntnisse, welche es für zu hart hielt, von Amtswegen zu mildern.

Indessen sprechen für die entgegengesetzte Ansicht, daß nämlich der Staatsanwalt nur in dem Falle rekurriren kann, wenn er das hofgerichtliche Strafurtheil aus was immer für einem Grunde für zu milde hält, sehr erhebliche Argumente.

Denn bringt man zuvörderst

a) mit dem allegirten §. 6 des Rekursgesetzes den gleich darauf folgenden §. 7 in Verbindung, welcher bestimmt:

> „dem Beschuldigten wird die Rekursausführung des Staatsanwalts unverweilt eröffnet, und zur Abwendung eines nachtheiligen Erkenntnisses weitere Vertheidigung gestattet u. s. w;"

so ergibt sich, daß der §. 6, wenn solcher gleichwohl allgemein von „Gesetzmäßigkeit des Straferkenntnisses" spricht, nur solche Rekurse im Auge hat, durch welche ein härteres Straferkenntniß gegen den Beschuldigten erzielt werden soll, als das Hofgericht erlassen hat. Es folgt dies klar aus den Worten: „zur Abwendung eines nachtheiligern Erkenntnisses" indem ja von einem nachtheiligern Erkenntnisse da keine Rede seyn kann, wo der Staatsanwalt nicht wegen der Milde, sondern wegen der Härte des Strafurtheils den Rekurs ergreift, und hier folglich auch der Grund zu einer weitern Vertheidigung des Beschuldigten, deren Zulassung der §. 7 ebenfalls allgemein für den Fall des vom Staatsanwalt ergriffenen Rekurses verordnet, wegfällt.

Geht man ferner

b) auf den Grund zurück, aus welchem das Organisationsedikt von 1809 (Beil. F. §. 31 k) dem großherzoglichen Justizministerium und den dort bestimmten Straffällen die Bestätigung und Milderung der hofgerichtlichen Urtheile zustand, so war dies mitunter kein anderer als der, weil nach der frühern Gesetzgebung, namentlich nach §. 21 des Strafedikts und den Erläuterungen hiezu, das Rekursrecht des Beschuldigten beschränkter war, als dies jetzt nach der durch den §. 3 des Rekursgesetzes ausgesprochenen Aufhebung jener Beschränkung der Fall ist.

So lange der Beschuldigte nur bei behaupteter völliger Unschuld und gänzlicher Strafloßigkeit den Rekurs an das Oberhofgericht ergreifen, und ein hofgerichtliches Erkenntniß hinsichtlich des Strafmaßes im gerichtlichen Wege nicht abgeändert werden konnte, mußte es allerdings ein Mittel

Digitized by Google

zum Schutze des Beschuldigten gegen die Willkühr in dem Strafansatze geben. Dieses Mittel bestand nun früher in der dem großherzoglichen Justizministerium durch das erwähnte Organisationsedikt vom Jahr 1809 eingeräumte Befugniß, die von den Hofgerichten erkannten Strafen, wenn sie zu hart, oder überhaupt den Gesetzen nicht gemäß waren, aus Gründen des Rechts und der Billigkeit zu mildern.

Nachdem nun aber durch das neue Rekursgesetz mittelst Aufhebung des §. 21 des Strafedikts und der Erläuterungen hiezu das Rekursrecht des Angeschuldigten in dem Maße erweitert wurde, daß nunmehr unbedingt, sowohl von behaupteter Unschuld, als wegen der Größe der Strafe, der Rekurs zum Recht Statt findet, so war es keineswegs mehr nothwendig, für die schon erwähnte Bestimmung des Organisationsedikts vom Jahr 1809 (Beil. F. §. 13 k), deren ursprünglicher Grund mit der Erweiterung des Rekursrechtes des Angeschuldigten wegfiel, ein Surrogat in der Weise festzusetzen, daß nunmehr der Staatsanwalt auf den Grund des früher dem Justizministerium zugestandenen Rechts der Bestätigung und Milderung der hofgerichtlichen Erkenntnisse, auch in den Fällen der Rekurs solle ergreifen können, wenn er den Verurtheilten für zu hart bestraft hält.

Es kann dies schon darum nicht so seyn, weil, nachdem die erwähnte Bestimmung des Organisationsedikts vom Jahr 1809 durch den §. 5 des Rekursgesetzes gänzlich aufgehoben ist, sich nicht annehmen läßt, als sei das dießfallsige Recht des Justizministeriums auch nur mit der Modifikation den Staatsanwälten übertragen worden, daß sie zwar die hofgerichtlichen Urtheile nicht Kraft eigener Machtvollkommenheit mildern, doch aber mittelst eines an den höhern Richter zu ergreifenden Rekurses eine Milderung bewirken dürfen. Hierüber hätte sich meines Erachtens das Rekursgesetz bestimmt aussprechen müssen, und es würde überhaupt etwas zu weit gehen, wenn man selbst alsdann noch, wenn der Angeschuldigte sich bei der gegen ihn erkannten Strafe beruhigt und sie für verdient ansieht, die hofgerichtlichen Erkenntnisse der Prüfung und Anfechtung der Staatsanwälte zu Gunsten des Verurtheilten unterwerfen wollte; es könnte, abgesehen davon, daß die Staatsanwälte auf diese Weise eine das Ansehen und das Vertrauen der Hofgerichte schwächende Macht ausüben würden, dies sogar manchmal dazu führen, daß ein schuldbewußter Verbrecher gegen seinen Willen freigesprochen werden müßte. Denn setzen wir z. B. den Fall: ein die That läugnender Inquisit würde auf den Grund der wider ihn vorliegenden Beweise vom Hofgericht des ihm angeschuldigten Verbrechens für überwiesen und strafbar erkannt, und es würde derselbe im lebhaften Bewußtseyn seiner Schuld nicht rekurriren, sondern dem Urtheile sich unterwerfen, dagegen würde aber der Staatsanwalt der Meinung seyn, daß die vom Hofgericht angenommenen Beweisgründe zur rechtlichen Ueberführung des Inquisiten nicht zureichen, und deßhalb zur Erwirkung eines völlig lossprechenden Erkenntnisses den Rekurs an das Oberhofgericht ergreifen. Wenn nun wirklich auch das Oberhofgericht den Inquisiten wegen Mangels des Beweises nicht für vollständig überführt ansehen würde (was vielfältig, namentlich beim Indicienbeweis blos von subjektiven Ansichten abhängt), so würde nun dieser Inquisit nolens volens klagfrei erklärt werden. Unverkennbar würde ein solches Verfahren eine sonderbare Idee von unserer Strafrechtspflege in ihm erwecken.

Man kann hier keineswegs einwenden, daß ein Inquisit sich nicht freiwillig einer gesetzlich unverdienten Strafe unterwerfen könne. Denn wenn das Hofgericht den Inkulpaten für schuldig und strafbar erkannt hat, so kann doch davon, daß der Inkulpat sich freiwillig der Schuld und Strafe unterworfen habe, wohl keine Rede seyn. Eine gesetzlich unzuläßige freiwillige Unterwerfung wäre nur etwa da vorhanden, wenn ein Inquisit, auf gerichtliche Untersuchung und Aburtheilung verzichtend, die Schuld eines Verbrechens geradezu auf sich nehmen und jeder beliebigen Strafe sich unterziehen wollte. Dagegen wird sich aber doch nicht bestreiten lassen, daß ein vom Hofgericht verurtheilter Inquisit auf die Wohlthat des Rekurses verzichten könne. Kann aber der Inquisit auf den Rekurs verzichten, so wird man diesen Verzicht, in welchem gewiß eine sichere Anerkennung der Rechtmäßigkeit des Straferkenntnisses liegt, niemals eine unerlaubte Unterwerfung nennen können.

Das Recht der Staatsanwälte zur Rekursergreifung muß hiernach offenbar auf den Fall beschränkt werden, wo dieselben ein hofgerichtliches Urtheil für zu milde halten.

Nur allein für diesen Fall war eigentlich eine duech die Aufhebung des §. 31 lit. k Beil. F des Organisationsedikts vom Jahr 1809 entstandene Lücke auszufüllen.

Früher nämlich ward dem Justizministerium durch das erwähnte Organisationsedikt vom Jahr 1809, §. 31 lit. l, zugleich das Recht eingeräumt, die ihm zur Bestätigung vorgelegten hofgerichtlichen Erkenntnisse, wenn es solche für zu mild erachtete, zur Prüfung und Entscheidung an das Oberhofgericht abzugeben. Diese Bestimmung ist nun in Folge des neuen Rekursgesetzes eo ipso dadurch aufgehoben, weil jetzt die hofgerichtlichen Urtheile, so weit sie nicht eine mehr als zehnjährige Zuchthausstrafe aussprechen, nicht mehr zur Bestätigung vorgelegt werden dürfen, und an die Stelle jener Bestimmung ist jetzt gerade das Recht der Staatsanwälte zur Rekursergreifung getreten, welches nur in so fern weiter geht, als das früher dem Justizministerium eingeräumte, daß die Staatsanwälte nunmehr auch in jenen Straffällen, welche vormals dem Justizministerium nicht

Digitized by Google

zur Bestätigung vorzulegen waren, den Rekurs ergreifen können, während das Justizministerium nur rücksichtlich der ihm vorgelegten Straferkenntnisse, folglich nur in den Fällen, wo auf mehr als eine zweijäheige Zuchthausstrafe erkannt wurde, oder es sich um ein schweres Verbrechen, z. B. Tödtung, Raub, Brandstiftung u. s. w., handelte, die Abgabe derselben an das Oberhofgericht verfügen konnte.

Uebrigens würde endlich auch

c) das den Staatsanwälten etwa unbeschränkt eingeräumte Rekursrecht in vielen Fällen zu der Inconvenienz führen, daß gleichzeitig zwei verschiedene Rekurse in der nämlichen Richtung, nämlich zum Zwecke der Strafmilderung, ausgeführt würden, indem, wenn z. B. der Angeschuldigte rekurriren würde, dies den Staatsanwalt nicht hindern könnte, ebenfalls besonders seinen Rekurs auszuführen, wobei es dann geschehen könnte, daß Beide ganz verschiedene Anträge stellten, und man in der Rekursinstanz manchmal nicht wüßte, nach welchem von beiden Anträgen man sich richten solle.

Der Fall, daß der Staatsanwalt und der Angeschuldigte gleichzeitig rekurriren, kann zwar in so fern wohl eintreten, wenn der Staatsanwalt das Urtheil für zu mild, der Angeschuldigte aber für zu hart hält, und hiebei hat es überall keinen Anstand.

Für den Fall dagegen, daß der Staatsanwalt und der Angeschuldigte allein wegen der Härte des hofgerichtlichen Urtheils rekurrieen, hat das neue Rekuesgesetz offenbar keine Vorsehung getroffen, und hat solchen sicherlich nicht im Auge gehabt, woraus denn abermals gefolgert werden muß, daß es überhaupt nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, dem Staatsanwalt auch dann ein Rekursrecht einzuräumen, wenn er ein Urtheil für zu hart hält.

Litschgi.

II.

Ueber die Stellung des Staatsanwalts im jetzt geltenden Strafverfahren.

Bekannt ist der große Beifall und die wahre Freude, mit welcher das provisorische Gesetz vom 18. Februar 1836 (Regierungsblatt Nr. X) als unverkennbare Verbesserung des badischen Strafprocesses von allen Freunden der Fortscheitte in der Gesetzgebung begrüßt wurde; nur ein Punkt ist es, welcher allenthalben Zweifel erregte, nämlich die wirkliche oder scheinbare Einführung eines Staatsanwaltes in das Strafverfahren.

In der That geben auch die wenigen Worte des §. 5 im angeführten Gesetze:

„Dagegen hat der Staatsanwalt allen Sitzungen des Hofgerichts, in welchen Strafsachen zur Aburtheilung kommen, beizuwohnen;"

Veranlassung zu einigen Betrachtungen, und zwar:

I. hinsichtlich ihrer Anwendung in der Praxis. Hier ist darauf aufmerksam zu machen, daß das Wort „beiwohnen" im engsten Sinne zu nehmen, und darunter nichts weiter zu verstehen ist, als daß der Staatsanwalt in den Sitzungen ein stummer Zuhöeer seyn solle, eine Auslegung, wofür Entstehung, Geist, Fassung und Wortlaut des Gesetzes sprechen.

Wesentlich ist hier die Bemerkung, daß das provisorische Gesetz nur das Rekursrecht zum Gegenstand hat: nach dem Organisationsedikt von 1809 (Beil. F §. 31 k l) steht dem Justizministerium in wichtigen (dort genannten) Kriminalfällen gegen hofgerichtliche Urtheile eine Art von Rekurs- und Aenderungsrecht im öffentlichen Interesse zu. Dieses in neuerer Zeit für unpassend erkannte Recht des Justizministeriums wird nun im §. 5 des neuen Gesetzes aufgehoben. (Zu bemerken ist, daß dieser §. 5 zwar nur von lit. F §. 31 den Buchstaben k aufhebt, daß aber der unmittelbar darauf folgende, mit k in nothwendigem Zusammenhang stehende Buchstabe l in dee angeführten Stelle des Organisationsedikts ebenfalls als subrogirt seine Gültigkeit verloren hat.) Der Gesetzgeber fühlte nun wohl die Nothwendigkeit, das dem Verurtheilten zustehende Recht des Rekurses auch der bürgerlichen Gesellschaft, welche bisher gewissermaßen durch das Justizministerium vertreten wurde, zu sichern. Einzig und allein die Absicht, das Rekursrecht der bürgerlichen Gesellschaft zu verwirklichen und ihr hiezu statt des Justizministeriums einen anderen Vertreter zu geben, war es daher, was den Gesetzgeber bewog, zur Ausübung jenes Rechtes eine neue Behörde in's Leben zu rufen und ihn §. 6 zu verordnen:

„Wenn der Staatsanwalt die Gesetzmäßigkeit eines in Strafsachen ergangenen hofgerichtlichen Erkenntnisses bezweifelt, so kann er hiegegen den Rekurs an das Oberhofgericht ergreifen."

Um nun die Gesetzmäßigkeit eines Erkenntnisses prüfen und beurtheilen zu können, wurde der Staatsanwalt angewiesen, allen Sitzungen des Hofgerichts, wo Strafsachen (ohne Unterschied) abgeurtheilt werden, beizuwohnen, und ihm das Recht gegeben, Mittheilung der Akten zu verlangen. Aber aus keinem andern Grunde, zu keinem andern Zwecke, als dem vorher angegebenen, darf der Staatsanwalt den Sitzungen beiwohnen.

Es geht dies schon daraus hervor, daß man die bloße Ausübung des Recursrechtes mehr als ein Nebengeschäft betrachtete, indem man nicht eigene Staatsanwälte ernannte, sondern ihre Verrichtungen einzelnen Hofgerichtsmitgliedern übertrug, welche ihre Geschäfte in Civilsachen beibehielten,

Digitized by Google

von denen man sie nothwendig entbinden müßte, hätten sie etwas mehr zu thun, als bloß vorkommenden Falles zu rekurriren. Daß sie aber bloß hiezu den Sitzungen beizuwohnen haben, bestätigt die im Gesetze gebrauchte Uebergangs- und zugleich Gegensatzpartikel „Dagegen", durch welche offenbar angedeutet wird, daß nur an die Stelle der aufgehobenen Befugnisse des Justizministeriums etwas Neues gesetzt werden sollte. Die Anwesenheit des Staatsanwalts in den Sitzungen hat und kann keinen andern Zweck haben, als daß er durch Anhören der Relation auf möglichst schnelle Weise von dem Falle in Kenntniß gesetzt werde, um dann nach gefälltem Urtheil prüfen zu können, ob etwa Grund zum Rekurs vorhanden sei; und dieser Zweck des Gesetzes wird schon genugsam erreicht, wenn nur der Staatsanwalt aufmerksam zuhört. Die natürliche Folgerung hieraus ist, daß er daher weder Anträge stellen, noch etwa an der Berathung Theil nehmen oder mit diskutiren, noch auch eine, sei es auch nur berathende Stimme abgeben darf, denn nirgends räumt ihm das Gesetz diese Befugniß ein. Eine Anmaßung in dieser Hinsicht wäre eben so zu ahnden, wie wenn es z. B. einem Hofgerichtssekretäre einfiele, plötzlich das Wort zu ergreifen. Der Präsident ist vermöge seiner Polizeigewalt nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, dem unbefugter Weise das Wort nehmenden Staatsanwalt Stillschweigen aufzuerlegen.

II. Nachdem gezeigt wurde, daß das Beiwohnungsrecht des Staatsanwalts nicht vorhanden sei, damit die Richter durch ihn, sondern vielmehr damit er durch die Richter aufgeklärt werde, bietet sich vom legislativen Standpunkte die ganz natürliche Frage dar, ob denn dies Aufklärungsmittel auch zweckmäßig sei? — Hier entstehen allerdings einige Bedenken, deren hauptsächliche sich unter drei Nummern auffassen lassen:

1) Das Mittel ist offenbar unnöthig. Man könnte ja, ohne irgend ein Hofgerichtsmitglied seiner Stimme zu berauben, wie dies jetzt der Fall ist, entweder jedem Hofgerichtsrathe, oder doch wenigstens der Minorität der Richter im einzelnen Falle, das Recht einräumen, im öffentlichen Interesse zu rekurriren, wenn nach ihrer Ansicht ein gesetzwidriges Erkenntniß ergangen wäre; oder, wollte man dies Recht nur einem Staatsanwalt geben, so genügte es, wenn ihm jedesmal nach gefälltem Urtheil die Akten zugestellt würden, die er dann während eines zu bestimmenden Termins ruhig zu Hause durchgehen, und so, nicht nach einer schnell in der Sitzung vielleicht vorgefaßten Ansicht, sondern in jedem Falle nach ruhiger und reifer Ueberlegung sich entscheiden könnte.

2) Das Beiwohnungsrecht des Staatsanwalts ist aber auch gefährlich. Ohne hier auf die Gerüchte einzugehen, wornach schon einigemale bei den verschiedenen Hofgerichten des Landes von den betreffenden Staatsanwälten Diskussionen während der Berathung herbeigeführt worden seyn sollen, oder wornach gar das großherzogliche Justizministerium den Staatsanwälten die Befugnisse, Anträge zu stellen und das Wort zu nehmen, in scriptis durch geheime Instruktionen zugestanden haben soll, ohne hier auch die von angeblichen Psychologen gemachte Bemerkung zu wiederholen, daß auch oft schon das bloße Beifall- oder Tadel-Nicken eines gewissen Mannes bei Richtern den Ausschlag gegeben haben soll, so kann doch in keinem Falle in Abrede gestellt werden, daß das bloße Zuhören manchmal etwas langweilig, und daher die Versuchung zum Reden groß ist. Läßt man aber nun einmal Worte zu, so ist eben die Gränze für das „Wieviel" schwer zu finden, besonders da gesetzliche Bestimmungen darüber fehlen. Dem Einflusse des Staatsanwalts steht ja auch nicht einmal ein lebendiger Vertheidiger des Angeklagten gegenüber, das Gleichgewicht ist gestört und wird durch das trockne Vorlesen einer bogenlangen Vertheidigungsschrift nicht hergestellt, stellt gar der Staatsanwalt seine Anträge, nachdem diese unglückliche Schrift vorgelesen ist, so kommt das Traurige heraus, daß die Anklage auf die Vertheidigung folgt, während der gewöhnliche Weltlauf nur das Umgekehrte kennt.

Das Bild der Schiefheiten, zu welchen diese unbewachte Stellung des Staatsanwalts möglicher Weise Anlaß geben könnte, ließe sich noch mehr ausmalen, aber wer bedenkt, daß in den Gerichten keine Engel, sondern eben auch Menschen sitzen, wird sich dies leicht selbst thun.

3) Die Art, wie nach dem erwähnten provisorischen Gesetze der Staatsanwalt dem Strafverfahren beigegeben ist, erscheint endlich auch in hohem Grade als eine sogenannte halbe Maßregel.

Auffallen muß es schon, warum beim Oberhofgericht in Strafsachen kein Staatsanwalt seyn soll, aber gerade weil derselbe nur wegen des Rekursrechtes da ist, wie vorher gezeigt wurde, fällt der Grund des Gesetzes beim obersten Gerichtshof weg, der Staatsanwalt kann zwar rekurriren, d. h. er kann ein Urtheil angreifen, aber er darf (was doch schon die Analogie des Civilprocesses erforderte) kein solches vertheidigen, denn nirgends ist ihm ein Recht gegeben, da, wo der Verurtheilte rekurrirt, nur irgend einen Schritt zu thun; ja, noch mehr, er kann rekurriren, i. e. appelliren, aber nicht klagen; mit einem Wort, wir haben einen Staatsanwalt, der nur zum Rekurriren da ist. Billig aber muß Jedermann fragen, ob denn die Ausübung einer solchen, aus dem Zusammenhang des Verfahrens gerissenen und isolirt dastehenden, Befugniß für sich allein der Mühe werth ist, mehrere Hofgerichts-

Digitized by Google

mitglieder ihres Stimmrechts in Strafsachen zu berauben, und sie Staatsanwälte zu nennen, was sie doch nur von Weitem sind?

Dankbare Anerkennung verdient jedoch diese Schöpfung, in so fern daraus wenigstens der Geist des Anklageverfahrens hervorleuchtet, und dadurch die Hoffnung bestärkt wird, diese Art des Verfahrens bald als die gewöhnliche eingeführt zu sehen.

Ehe und bis dies aber geschieht, könnte das nun einmal begonnene Werk der Einführung einer Staatsanwaltschaft weiter gebaut und der Vollständigkeit näher gebracht werden. Wenn auch ungewiß ist, ob die großherzogliche Regierung es für zweckmäßig halten wird, diese Vervollständigung mittelst eines zweiten provisorischen Gesetzes vorzunehmen, so fordert doch die Wichtigkeit der Sache, Jeden, der sich für Verbesserung des Strafverfahrens interessirt, und hierunter namentlich die Mitglieder der Gerichte, auf, über die sachgemäße Stellung des Staatsanwaltes geeignete Vorschläge zu machen.

Empfehlenswerth sind in dieser Hinsicht auch die Bestimmungen des Preßgesetzes vom Jahr 1831 über die Wirksamkeit des Staatsanwaltes, welche sich mit geringen Veränderungen recht gut auf Strafsachen überhaupt anwenden ließen. Als besonders nothwendig und wünschenswerth erscheinen aber folgende kurz angedeutete Punkte:

1) Die Akten werden nach geschlossener Untersuchung vom Untersuchungsrichter unmittelbar an den Staatsanwalt eingesendet, welcher innerhalb eines bestimmten Termines eine förmliche, aber gedrängte Anklageschrift zu fertigen hat. Die Vertheidigungsschrift würde dann nicht mehr bloß gegen eine Masse von Hypothesen zu kämpfen haben, sondern einfach die Antwort auf die Schrift des Anklägers enthalten, und die ganze Verhandlung würde so eine Grundlage bekommen.

2) Dem Vertheidiger muß das Recht zustehen, ebenfalls bis zur Deliberation der Richter der Sitzung beizuwohnen. Hiedurch würde nicht bloß die Forderung der augenscheinlichsten Gerechtigkeit genügt, sondern auch wenigstens eine Art von Oeffentlichkeit durch diese Zulassung des Vertheidigers geheiligt *).

3) Der Staatsanwalt und der Vertheidiger können in der Sitzung schriftlich kurze Anträge stellen, und diese durch mündlichen Vortrag begründen.

Außer der Bildung einer guten Vorschule für die spätere ausgedehntere Mündlichkeit wäre hiedurch der Sieg der Wahrheit bedeutend erleichtert.

Würden dann noch bei den Hofgerichten und dem Oberhofgerichte eigene Staatsanwälte angestellt, denen wenigstens die eben bezeichnete Wirksamkeit in Strafsachen zum Hauptgeschäft gemacht würde, so wäre ein wichtiger Schritt gethan, und man würde dadurch, was nicht unbedeutend ist, für die lang ersehnte neue Gerichtsorganisation, bei welcher die Staatsanwaltschaft einen wesentlichen Theil ausmachen soll, einstweilen doch einige Erfahrung erhalten.

MM.

*) Auch die Stimme des Angeklagten verlangt wenigstens dies, bis ihm die Oeffentlichkeit zu Theil wird, welche die mit Wärme geschriebene Schrift des Oberamtsassessors Ludwig von Zagemann über Oeffentlichkeit, Heidelberg 1835 S. 91, für ihn vindicirt.

III.

Hofgericht Rastadt.

Ueber das Klagrecht des Cessionars gegen den cedirten Schuldner, ohne vorgängige Bekanntmachung der Cession. Zu dem Rechtsfall in Nr. 22, V. dieses Jahrgangs der Annalen.

Vielleicht zu gleicher Zeit, wie in Mannheim, kam hier die obige Frage zur Entscheidung vor, ward aber dahin entschieden, daß die vom Unterrichter wegen Mangels der Bekanntmachung der Cession vor der Klage zur Zeit als unstatthaft zurückgewiesene Klage für statthaft erkannt wurde. Die Gründe dieser Entscheidung sollen nun zugleich den Versuch der Widerlegung der Entscheidung in Mannheim enthalten.

Schon nach dem Wortverstande des S. 1690 läßt sich nicht annehmen, daß der Schuldner unter die dorten erwähnten Dritten gehört. Der S. 1689 läßt das Rechtsgeschäft der Cession zwischen dem Cedenten und Cessionar entstehen, und da hierzu die Einwilligung, beziehungsweise Mitwirkung des Schuldners nicht nöthig ist, so ist er für dieses Rechtsgeschäft Dritter, wird auch vom S. 1689 in der darin erwähnten Uebertragung von Rechten gegen Dritte ausdrücklich so genannt. Der S. 1690 setzt nun aber das Rechtsgeschäft der Cession zwischen Cedenten und Cessionar als vollendet voraus, und wenn er nun von weitern Rechtshandlungen des Cessionärs spricht, so kann bei ihnen der cedirte Schuldner aus dem einfachen Grund nicht ein Dritter seyn, weil nach rechtlichen Begriffen nur der ein Dritter ist, welcher bei Rechtshandlungen Anderer selbst nicht mitwirkt, dabei nicht vorkommt, und weil gerade bei den Rechtshandlungen des Cessionärs nach S. 1690 der Schuldner es ist, gegen welchen die Bekanntmachung geschieht, und welcher sogar selbst damit eine rechtliche Thätigkeit entwickelt, daß er die geschehene Cession annimmt. Man kann doch wahrlich

Digitized by Google

vernünftigerweise nicht sagen, daß bei der vom Schuldner dem Cessionär ausgestellten Privaturkunde, zufolge der er ihn als seinen neuen Gläubiger annimmt, der Schuldner als Dritter gehandelt habe. Wie kann denn der Aussteller der Privaturkunde selbst bezüglich des darin enthaltenen Rechtsgeschäfts ein Dritter seyn? Wäre aber der Schuldner unter den Dritten des S. 1690 begriffen, so würden sich also die dorten gegebenen Vorschriften auf ihn beziehen, nun kommt aber im S. 1691 der Gesetzgeber abermals auf die Bekanntmachung der Cession an den Schuldner zu sprechen, und deutet damit hinreichend an, daß er den Schuldner nicht unter den Dritten des S. 1690 verstanden hat, denn sonst wäre der S. 1691 ganz überflüssig. Die Dritten des S. 1690 sind die Gläubiger des Cedenten, welche nach S. 1166 die cedirte Forderung als Rechte ihres Schuldners zur Befriedigung ihrer Rechte geltend machen wollen, oder es sind andere Cessionarien, welchen die cedirte Forderung auch cedirt worden ist, und gegen welche sich nun der erste Cessionar zur Verwirklichung seines Rechts mit der Bekanntmachung des S. 1690 schützt. Der S. 1690 spricht von der Sicherung und Verwirklichung der Cession gegen solche Dritte, und der S. 1691 von der Sicherung und Verwirklichung gegen den Schuldner. Aber auch abgesehen davon, so ist der Zweck der Bekanntmachung der Cession nach den Sätzen 1690, 1691 keineswegs der, daß vor ihr der Cessionar sein Recht gegen den Schuldner gar nicht vor den Richter bringen, d. h. eine Klage anstellen kann, sondern nur der Zweck liegt darin, daß der Cessionar sich dadurch die Verwirklichung seines Rechts, z. B. die Empfangnahme der Zahlung, schützt und sichert, daß er dadurch verhindert, daß nicht andere Gläubiger des Cedenten Beschlag auf die Forderung legen, oder der cedirte Schuldner in Unbekanntschaft mit der Cession die Zahlung an den Cedenten leistet. Daß aber der Cessionar, der doch zur Cession der Beistimmung des Schuldners nicht bedarf, nunmehr die ihm cedirte Forderung nicht vor dem Richter einklagen dürfe, wenn er nicht vorher den Schuldner von dem Uebergang des Rechts auf ihn in Kenntniß gesetzt habe, ist nicht in der Natur der Forderung gelegen, indem der erste Gläubiger und Cedent dieses nicht zu thun hatte. Durch die Cession hat sich aber das Recht selbst nicht verändert, und wenn z. B. ein Erbe des ersten Gläubigers die Forderung alsbald auf seinen Namen einklagen darf, obschon er doch auch ein persönlich anderer Gläubiger ist, so kann nicht eingesehen werden, warum denn der Cessionar dieses nicht thun darf, wo nirgends vorgeschrieben ist, daß er zur Einklagung seines Rechts etwas vornehmen müßte, was der erste Gläubiger nicht zu thun hatte. Jedenfalls ist insbesondere im S. 1691 über die Art und Weise der Bekanntmachung der Cession an den Schuldner nichts vorgeschrieben, jedoch immerhin das anzunehmen, daß mit und durch die Bekanntmachung ihre Folgen gerade so unmittelbar eintreten, als wie z. B. mit und durch die Klage der Verzug eintritt. Nehmen wir nun an, daß der Cessionar gegen den cedirten Schuldner die Klage auf Bezahlung der Forderung anstellt, so wird er darin nothwendigerweise der Cession erwähnen, also in der Zustellung der Klage den Schuldner von der Cession selbst in Kenntniß setzen. Von dieser Kenntnißnahme an kann nun der cedirte Schuldner nach S. 1691 nicht mehr mit Rechtsgültigkeit an den Cedenten zahlen, und nun wäre es doch gewiß eine nutzlose Verschleifung des Processes, wenn man annehmen müßte, daß der Cessionar durch die Anstellung der Klage, und die darin liegende Bekanntmachung der Cession zwar sich gegen den Cedenten seine Forderung sichern, gültige Zahlung an ihn verhindern, aber nichts destoweniger doch nicht seine Forderung gegen den Schuldner einklagen kann, dessen Einwilligung er nicht zur Cession bedarf. Er dürfte gegen ihn die erste Klage nur als den Akt der Bekanntmachung der Cession nach S. 1691 benutzen, bedarf aber wohl alsdann keiner weitern Klage, weil er diese Bekanntmachung sehr wohl bei der Unmittelbarkeit ihrer Folgen mit der Klage selbst verbinden darf. Aber auch gegen Dritte genügt die Klage zur Stellvertretung oder vielmehr zu dem Rechtsverhältniß der Bekanntmachung, daß sie ihre Folgen mit sich führt, und in sich enthält, denn wenn der Cessionar seine cedirte Forderung eingeklagt, und die Klage dem Schuldner zugestellt hat, so ist dies doch gewiß die feierlichste Zustellung der Bekanntmachung von der Cession, und wenn vor ihr ein dritter Gläubiger des Cedenten auf die cedirte Forderung noch keinen Beschlag gelegt hat, so wird man gewiß nicht annehmen dürfen, daß er nun nach Zustellung der Klage an den Schuldner dieses thun darf, wo doch diese Zustellung der Klage offenbar die Bekanntmachung der Cession enthält. Wenn nun aber die Erhebung der Klage Dritte von der Geltendmachung ihrer Rechte auf die cedirte Forderung ausschließt, wenn sie den Schuldner verhindert, an seinen ersten Gläubiger, den Cedenten, zu zahlen, so muß auch die Anstellung der Klage gegen den Schuldner zuläßig seyn, weil man nicht annehmen darf, daß zwar ein Gläubiger, der Cessionar, Andere von seinem Recht ausschließen, nicht aber solches gegen den Schuldner vor dem Richter auch nur vorbringen kann. Die Sätze 1690, 1691 bestimmen nur das Rechtsverhältniß, vermöge dessen der Cessionar sich sein Recht schützen und sichern, und seine Verwirklichung erreichen kann, was aber der Cessionar zu thun hat, um sein Recht gegen den Schuldner dem Richter vorbringen zu können, das ist in diesen Sätzen nicht bestimmt. Das ist auch mehr Sache der Pr. Ordn., und da wir die Bestimmung darin nicht haben, daß man zur Anstellung der

Digitized by Google

Klage den Beklagten zuerst von seinem Recht zur Anstellung in Kenntniß setzen muß, so ist dieses auch bei der Cession nicht nöthig.

Bei dem mit der Cession so nahe verwandten Eintritt in die Rechte des Gläubigers nach S. 1250 Nr. 1 ist nirgends zur spätern Geltendmachung dieser Rechte gegen den Schuldner einer Bekanntmachung vom Eintritt erwähnt, und da auch das römische Recht dem Cessionar die Befugniß ertheilt hatte, aus der Cession als procurator in rem suam gegen den cedirten Schuldner alsbald Klage zu erheben, so wird man solche Klage auch ohne vorgängige Bekanntmachung der Cession zulassen müssen, und nur das anzunehmen haben, daß vor Bekanntmachung der Cession nach S. 1690 Dritte sich der cedirten Forderung versichern können, und vor der des S. 1690 und 1691 der Schuldner an den Cedenten gültig zahlen kann.

Sander.

IV.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall zur Erläuterung des §. 257 Nr. 6 b der Proceßordnung, und insbesondere des dabei Statt findenden Verfahrens.

Ein Mitglied der Murgschifferschaft erhob gegen seine andern Gesellschafter die Klage, daß nach einer Verabredung unter den Mitgliedern der Murgschifferschaft die jeweils gesteigerten Sägklötze gemeinschaftlich, und nach den Aktien an der Murgschifferschaft theilbar seyn sollten, nun seien 2620 Klötze gesteigert worden, woran man ihm seinen Antheil zu 12 Procent weigere, weßhalb er bitte, die Beklagten zur Ausfolgung seines Antheils anzuhalten. Da die Beklagten auch im Begriff stünden die Vertheilung der Sägklötze vorzunehmen, wodurch er um den Gegenstand seines Klagrechts komme, so ward zugleich gebeten, nach §. 257 Nr. 6 b der Pr. Ordn. auf die gesteigerten Sägklötze einen Beschlag zu legen und solche einem Hüter anzuvertrauen.

Da die Vertheilung der Sägklötze als nahe bevorstehend bescheinigt war, so erkannte das Amt sogleich den gebetenen Beschlag durch Aufstellung eines Hüters, und indem es den Hauptproceß weiters instruirte, beraumte es in getrennter Verhandlung nach §. 689 der Pr. Ordn. Tagfahrt zur Rechtfertigung des erkannten Beschlags an. In dieser Tagfahrt, welche Kläger schon an und für sich unnöthig hielt, behauptete nun Kläger, nicht schuldig zu seyn, den Grund seiner Forderung, für welche Arrest angelegt seie, auch nur zu bescheinigen, der Beschlag folge ipso jure aus der Thatsache der Anstellung der Hauptklage, und bedürfe nach §. 257 Nr. 6 b als gesetzliche Folge der Ladung auf die Klage keiner weitern Bescheinigung der Forderung selbst. Der Gegentheil bestritt dieses, und der Unterrichter hob darauf hin den erkannten Beschlag wider auf, da der Kläger nirgends eine Bescheinigung seiner Forderung beigebracht, und solche auch im Hauptproceß noch nicht mit Beweis angetreten habe.

Dagegen ward anher appellirt, allein auch in der Appellation keine Bescheinigung der Forderung selbst beigebracht, so daß es sich also um die ganz allgemeine Frage allein handelte, ob der Beschlag des §. 257 der Pr. Ordn. ein selbstständiger seie, oder nach den Vorschriften der Proceßordnung über Arrestproceß überhaupt behandelt werden müsse. Man entschied sich für das letztere aus nachstehenden Gründen.

Wenn man den §. 257 Nr. 6 b aufmerksam liest, so findet man, daß der dort erwähnte Beschlag nicht als eine alsbald eintretende Folge der Ladung bezeichnet wird, wie dieses z. B. in Nr. 7 mit der Unterbrechung der Verjährung geschieht, sondern daß dem Kläger nur das Recht ertheilt wird, auf Beschlag anzutragen. Da nun der §. 676 der Pr. Ordn. unter den drei Arrestproceß begründenten Fällen der Gefahr ausdrücklich in Nr. 4 wider den Fall des §. 257 Nr. 6 b anführt, so folgt daraus, daß dieser letztern Vorschrift nur die Wirkung der Begründung, der Zulässigkeit des Arrestprocesses, nicht aber die Wirkung beigelegt wird, einen eigenthümlichen selbstständigen, nicht nach den weitern Erfordernissen des Arrestprocesses zu richtenden, Beschlags aufzustellen. Muß aber der Antrag des Klägers auf Beschlag nach den Bestimmungen des Arrestprocesses erledigt werden, so genügt es nicht an der Bescheinigung der dem Kläger drohenden Gefahr seines Rechts, sondern das Recht selbst muß nach §. 693 der Pr. Ordn. zum mindesten bescheinigt werden, und da davon hier nicht das mindeste ersichtlich ist, so müßte der nur vorläufig erkannte Arrest des §. 687 wieder aufgehoben werden. Wollte man den Beschlag des §. 257 nicht als den des Arrestprocesses ansehen, so müßte man seine Verfügung als keinen unbedingten Befehl des §. 709 der Pr. Ordn. betrachten, und dann in der dort geforderten Bescheinigung der Widerrechtlichkeit des Schadens doch eine Bescheinigung des durch den Beschlag zu sichernden Rechts verlangen, welche mit der im Arrestproceß geforderten Bescheinigung des Rechts auf das nämliche hinauskommt. Es ist auch überhaupt nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber vor hatte, den Beschlag des §. 257 einzuführen, ohne nur an die mindeste Bescheinigung des Rechts, welches dadurch gesichert werden soll, zu denken, denn sonst könnten durch die frivolsten, durch alle Rechtsmittel hindurch getriebenen, lang andauernden Klagen der Beklagte Jahre lang aus seinem rechtmäßigen Besitz gesetzt, Erbschaften z. B. zum größten Nachtheil der wirklichen Erben sequestrirt, und den Berechtigten

Digitized by Google

ein Schaden zugefügt werden, welcher ihnen nicht zu ersetzen wäre, da dann der §. 698 der Pr. Ordn. auch nicht für den Beschlag des §. 257 gelten würde, was ebenfalls nicht anzunehmen ist.

Sander.

V.

Aus dem Unterrheinkreise.

Curiosum.

Lindau gegen Schweizer.

Bei dem Bürgermeisteramt zu Schlierstadt trug der Kläger am 7. März 1835 darauf an:

1) daß der Beklagte zum Unterhalt der halben Wohnung, welche er von demselben gekauft, sofort zum Ersatz der bereits aufgewendeten Reparaturkosten verurtheilt und
2) daß zugleich entschieden werde, was zu der Haushälfte eines Jeden gehöre.

Der Bürgermeister pflog hierüber Verhandlungen, gelangte aber im Laufe derselben zu der Einsicht, daß diese Sache seine Kompetenz übersteige, und legte daher die Akten dem Bezirksamte zur weiteren Verfügung vor, welche unterm 19. April dahin erfolgte:

„Geht dem Ortsvorstand mit dem Bemerken zurück, daß, da er die Sache verhandelt, dieselbe auch, vorbehaltlich des Rekurses an das Amt, zu entscheiden habe."

Auf weitere Verhandlung entschied der Bürgermeister durch Beschluß vom 16. Juni über den einen Punkt und wies die Parteien an, sich binnen bestimmter Frist über den andern Punkt ins Reine zu setzen, widrigenfalls auch darüber entschieden werden würde.

Da die Parteien sich in Güte nicht verständigen konnten, so wurde auf Anrufen des Klägers ein Beweisverfahren eingeleitet und demnächst durch Beschluß vom 14. Juli auch der vorbehaltene Streitpunkt entschieden.

Am 10. September übergab der Beklagte bei dem Bezirksamt eine Rekursrechtfertigungsschrift, worin er die bürgermeisteramtliche Kompetenz anfocht und die Bitte stellte, den Bescheid vom 14. Juli, als inkompetent erlassen, aufzuheben, und dem Kläger zu überlassen, seine etwaigen Ansprüche, wenn er damit auszureichen gedenke, vor dem kompetenten Richter geltend zu machen.

Dieser Schriftsatz wurde dem Bürgermeister zur Vernehmlassung und Erklärung unter Anschluß seiner Akten zugefertigt.

Der Bürgermeister berief sich in dem hierauf erstatteten Berichte zur Rechtfertigung seiner Kompetenz auf die amtliche Verfügung vom 19. April und suchte im Uebrigen nachzuweisen, daß der Rekurs verspätet sei.

Diesen Gründen schloß sich der Kläger an und setzte noch hinzu: daß der Beklagte sich in die Verhandlungen vor dem Bürgermeisteramte eingelassen habe.

Amtsbeschluß vom 14. Oktober 1835.

In Erwägung, daß nach §. 32 der Pr. Ordn. den Parteien das Recht zusteht, einen einzelnen Rechtsstreit auch vor ein für denselben an sich unzuständiges ordentliches bürgerliches Gericht zu bringen, wenn dieses die Annahme nicht verweigert.

Erwägend, daß die Parteien diesen Rechtsstreit vor das Bürgermeisteramt gebracht, solches die Verhandlungen gepflogen, und sich Beklagter hierauf eingelassen hat, und derselbe gegen die Aufstellung der Experten keine Einsprache erhoben und das Bürgermeisteramt Schlierstadt überdies noch durch die amtliche Verfügung vom 19. April dazu ermächtigt wurde:

Erwägend, daß das Bürgermeisteramt diese Rechtssache bereits durch Erkenntniß vom 10. Juli entschieden, und beiden Theilen unter Erklärung der Rekursfatalien eröffnet hat; dagegen dem Beklagten jetzt erst eingefallen ist, gegen das ergangene Erkenntniß den Rekurs anher zu ergreifen, daher jedenfalls die geeignete Zeit hiezu versäumt ist;

In Berücksichtigung jedoch, daß das Bürgermeisteramt nicht befugt war, auf mehr zu erkennen, als der Kläger in seinem Klagantrag in Anspruch genommen ꝛc. ꝛc. ergehet

Bescheid.

Wird das Erkenntniß des Bürgermeisteramts zu Schlierstadt vom 14. Juli l. J., welches die Bestimmung der Hausabtheilung enthält, seinem ganzen Inhalte nach bestätigt, und der Beklagte hiernach aufgefordert, die festgesetzten Theile nach dieser Festsetzung gegenseitig einzuräumen.

Dagegen wird

2) das bürgermeisterliche Erkenntniß in Bezug auf den Ersatz der Reparaturkosten dahin abgeändert, daß Beklagter an den Kläger nur die angesprochenen 15 fl. binnen 4 Wochen bei Vermeidung der Abpfändung zu bezahlen habe, und

3) werden die Kosten gegenwärtigen Rekurses bewandten Umständen nach wettgeschlagen.

Alles gerreulich und ohne Gefährde!

Bayer.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 31. Karlsruhe den 30. Juli 1836.

I.

Bemerkungen über die Ansetzung von Tagfahrten zur mündlichen Verhandlung bei Obergerichten nach der Instruktionsverordnung vom 21. April 1832.

Es ist mir neulich aus Akten bemerklich geworden, daß ein Gerichtshof nach Eintreffen der Appellationsbeschwerdeschrift bei Mittheilung derselben an den Appellaten nur decretirt: wird die Sache zur mündlichen Verhandlung ausgesetzt, wobei N.N. mit einem bevollmächtigten Anwalt zu erscheinen hat. Die wirkliche Festsetzung der Tagfahrt erfolgt dann allemal acht Tage vorher in einer öffentlichen Gerichtssitzung, und diese Festsetzung wird sodann an der öffentlichen Gerichtstafel angeschlagen. Weiters geschieht nichts, die Verhandlung wird am bestimmten Tag vorgenommen, wenn auch ein Theil dabei nicht erscheint, dieser wird ausgeschlossen, und gerade in dem mir bekannt gewordenen Fall wurde die nicht erschienene und mit ihrer Rechtsausführung ausgeschlossene Partei mit ihrem auf den Grund der Unkenntniß der angesetzten Tagfahrt gebauten Wiederherstellungsgesuch abgewiesen. Es läßt sich aber gegen diese Geschäftsbehandlung doch einiges Bedenken erheben.

Der §. 10 der Instruktionsverordnung vom 21. April 1832 billigt zwar im Allgemeinen den Beschluß der Aussetzung einer Sache zur Verhandlung ohne alsbaldige Festsetzung der Tagfahrt selbst, allein der §. 13 und 18 jener Verordnung ertheilen denn doch noch weitere mit dem §. 10 in Verbindung zu setzende Vorschriften, welche in dem obigen Fall nicht beachtet wurden, und welche da, wo eine Sache in einem Appellations- oder Oberappellationsverfahren alsbald ohne Erhebung einer Vernehmlassung des Appellaten zur mündlichen Verhandlung ausgesetzt wird, gar nicht beobachtet werden können. Es frägt sich daher, ob alsdann die alleinige Einhaltung des §. 10 genügt. Dieser §. 10 geht nämlich durch ausdrückliche Anrufung des §. 1112 der Pr. Ordn. von dem Fall aus, wo auch von dem Beklagten eine Vernehmlassung erhoben worden ist, und wo also beide Theile schon Anwälte oder in Berücksichtigung des §. 1103 der Pr. Ordn. mit wenigen Ausnahmen bereits Gewalthaber aufgestellt haben, und diese Unterstellung wird wieder im §. 18 bestätigt, wo ja von den Vertretern der Parteien gesprochen wird. Es muß sogar dem in der Tagfahrt, wo die mündliche Verhandlung festgesetzt wird, ausgebliebenen Stellvertreter der Partei durch eigene schriftliche Verfügung der zur mündlichen Verhandlung angesetzte Tag bekannt gemacht werden, und der im §. 10 angedrohte Rechtsnachtheil kann nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 18 nur dann ausgesprochen werden, wenn der Stellvertreter der Partei auf diese Vorladung, d. h. auf die ihm über die Feststellung der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung zugegangene schriftliche Benachrichtigung, nicht erschienen ist. Bei der Appellation, hauptsächlich aber bei der Oberappellation, wo keine neue Thatsachen und Beweise zugelassen sind, wird nach §. 1215 der Pr. Ordn. vor der Festsetzung der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung in vielen Fällen kein Schriftwechsel unter den Parteien eingeleitet, so daß nur der Appellant einen dem Gerichtshof bekannten Anwalt besitzt. Der Appellat aber, dem die Appellationsbeschwerdeschrift selbst zugestellt wird, hat noch keinen Anwalt aufgestellt, es wird ihm auch mit dem Decret, wodurch ihm die Appellationsbeschwerdeschrift zugestellt wird, die Aufstellung eines Anwalts nicht aufgegeben, und wird nun auf einen solchen Fall der Appellationsverhandlung nach §. 1215 der Pr. Ordn. der §. 10 und §. 18 der Instruktionsverordnung angewendet, so wird eine Vorschrift angewendet, welche von einem ganz andern Fall, nämlich von dem ausgeht, wo die beiden Parteien schon Anwälte aufgestellt haben, und solche dem Gerichtshof bekannt sind. Will man aber die §§. 10, 18 anwenden, so muß man sie auch nach ihrer ganzen Vorschrift anwenden, und da nun der nach §. 10 angedrohte Rechtsnachtheil nicht blos auf das Nichterscheinen in der Tagfahrt zur Festsetzung der mündlichen Verhandlung, und auf den Anschlag an der Gerichtstafel ausgesprochen werden kann, sondern dieser Ausschluß

Digitized by Google

erſt auf beſondere ſchriftliche Vorladung zur mündlichen Verhandlung ſelbſt geſchehen darf, ſo müßte der Gerichtshof der Partei ſelbſt noch den Tag der feſtgeſetzten mündlichen Verhandlung ſchriftlich anzeigen, weil ohne dieſe ſchriftliche Vorladung der Ausſchluß nach §. 10 nicht erfolgen kann, und weil die Rechte und Befugniſſe, welche der Stellvertreter, der Anwalt einer Partei, als ſolcher beſitzt, von der Partei ſelbſt da beſeſſen werden, wo ſie noch keinen Anwalt aufgeſtellt hat, und zur Aufſtellung eines ſolchen noch nicht gerichtlich angewieſen war. Iſt hiernach der §. 10, 13, 18 der Inſtruktivverordnung nicht auf den Fall des §. 1215 der Pr. Ordn. anwendbar, ſo frägt ſich, was denn dafür zu beobachten iſt, und dafür ertheilt der §. 1213 der Pr. Ordn. ſelbſt die ganz beſtimmte Vorſchrift, daß die Sache nicht erſt zur Beſtimmung einer Tagfahrt für die mündliche Verhandlung ausgeſetzt, ſondern daß die Tagfahrt der mündlichen Verhandlung ſelbſt ſofort angeſetzt, und dazu der Appellat ſelbſt vorgeladen wird. Indem nun der §. 10 der Inſtruktivverordnung ſich ausdrücklich auf den Fall des §. 1112 der Pr. Ordn. bezieht, der einen Schriftenwechſel, alſo Aufſtellung beiderſeitiger Anwälte, vorausſetzt, ändert er an dem, keinen Schriftwechſel, folgeweiſe keine Aufſtellung gegenſeitiger Anwälte vorausſetzenden, §. 1215 der Pr. Ordn. nichts ab, und wo alſo ein Fall des letztern vorkommt, muß entweder dem Appellaten ſelbſt nach §. 1215 ſofort die Tagfahrt der mündlichen Verhandlung bekannt gemacht, oder er wenigſtens nach §. 18 der Inſtruktivverordnung dazu ſchriftlich vorgeladen werden. Jede andere Geſchäftsbehandlung, jeder nicht unter dieſen Vorausſetzungen eingetretene Ausſchluß läßt ſich nicht rechtfertigen. Man kann ſich dagegen nicht auf die Beſtimmung des §. 10 berufen, wornach er auch da eintreten ſoll, wenn wegen Nebenſachen oder Zwiſchenpunkten ſogleich mündliche Verhandlung eintreten ſoll, denn abgeſehen davon, daß dieſes gerade auf Nebenſachen geht, alſo auf die Verhandlung der Hauptſache des §. 1215 nicht ausgedehnt werden darf, ſo entſtehen die Nebenſachen und Zwiſchenpunkte des Rechtsſtreites erſt nach ſeiner Einleitung in den Hauptſtreit, und da nun der §. 10 durch Anziehung des §. 1112 deſſen Lage dahin vorausſetzt, daß Klage und Vernehmlaſſung beider Theile ſchon vorliegen, ſo beziehen ſich die Nebenſachen auf ſolche Streitpunkte, welche entweder nach der Vernehmlaſſung oder doch mit der Vernehmlaſſung des Beklagten entſtehen, und welche alſo abermals das Bekanntſeyn des Anwalts des Beklagten unterſtellen.

Man wird zwar ſagen wollen, da die Partei jedenfalls das Decret des §. 10 erhalte, wornach ihre Sache, als zur mündlichen Verhandlung reif, ausgeſetzt worden iſt, ſo ſeie es an ihr, einen Anwalt aufzuſtellen, und dem Gericht bekannt zu machen, damit er ſelbſt die Tagfahrt wahre, oder ſolche durch Bekanntmachung an ihn vom Gericht gewahrt werden könne, allein auch dieſes kann den Ausſchluß der Partei, welche keinen Anwalt aufgeſtellt hat, von der mündlichen Verhandlung der Sache ſelbſt nicht rechtfertigen. Dieſer Ausſchluß iſt ein Verſäumungserkenntniß, und ein ſolches kann, da hier eine Verſäumung geſetzlicher Nothfriſten nicht vorliegt, nur durch einen Ungehorſam der Partei gegen ein beſtimmtes richterliches Decret gerechtfertigt werden. Will man nun den Grund der Ausſchließung, alſo den Ungehorſam darin finden, daß die Partei nicht in Folge des Decrets des §. 10 zur Verhandlung der Sache erſchienen iſt, ſo iſt ja in jenem Decret die Tagfahrt der mündlichen Verhandlung der Sache ſelbſt nicht angeſetzt, und daß die Partei nicht zu einer ihr nicht angeſetzten, alſo unbekannten Tagfahrt erſcheint, kann um ſo weniger als Ungehorſam betrachtet werden, als ja gerade die Inſtruktivverordnung dieſes ſelbſt nicht thut, ſondern den Ungehorſam, und ſomit die Begründung der Ausſchließung, nach §. 18 erſt dann annimmt, wenn der Vertreter der Partei auf die an ihn erlaſſene beſondere ſchriftliche Vorladung nicht erſchienen iſt. Will man aber den Ungehorſam der Partei darin finden, daß ſie keinen Anwalt auf das Decret des §. 10 beſtellt hat, oder nicht in der Tagfahrt erſchienen iſt, wo die mündliche Verhandlung ihrer Sache fixirt wird, ſo iſt keines von beiden der Partei in dem ihr allein zugeſtellten Decret des §. 10 aufgegeben worden, ſie macht ſich alſo auch keines Ungehorſams gegen ein richterliches Decret ſchuldig, ſo daß ihre doch erfolgende Ausſchließung in keiner Weiſe gerechtfertigt iſt. Will man daher im Fall des §. 1215 doch den §. 10 anwenden, ſo muß dem Decret noch beigeſetzt werden, daß die Partei alsbald einen Anwalt aufzuſtellen, oder wenigſtens in der Tagfahrt des §. 13 der Inſtruktivverordnung ſelbſt zu erſcheinen hat, denn nur mit einem oder dem andern Decret weiß die Partei, daß ſie ſogleich eine Thätigkeit zu entwickeln hat, und nur dann kann ihr die Unterlaſſung dieſer Thätigkeit als Ungehorſam gegen ein Decret des Richters angerechnet, und daraufhin ein Verſäumungserkenntniß gebaut werden. Ohne dieſe Beiſätze iſt das Decret des §. 10 eine Einſchläferung der Partei, welche noch keinen Anwalt aufgeſtellt hat, man beruhigt ſie, daß die Tagfahrt zur Verhandlung noch nicht angeſetzt iſt, und wenn ſolche Tagfahrten, wie vom hieſigen Gerichtshof geſchieht, alsbald angeſetzt werden, ſo verläßt ſich die unter dieſem Gerichtshof ſtehende und daran gewohnte Partei darauf, daß auch das gleiche, z. B. vom Oberhofgericht, geſchehen wird, und mag ſich bitter enttäuſcht finden, wenn ihr nun ihr Ausſchluß von der Tagfahrt mit einem ihr Recht aus dem frühern Urtheil abändernden Erkenntniß zukommt, wo ſie von dieſer Tagfahrt nichts wußte, und zur Vertei-

Digitized by Google

digung ihrer Rechte noch dazu vor dem letzten Richter nicht gehörig in Stand gesetzt war. Es wird daher gewünscht werden dürfen, daß die Ansetzung der Tagfahrten nach §. 10 der Instruktivverordnung in einer oder der andern Beziehung abgeändert, oder das betreffende Decret vervollständigt werden möge, indem sonst leicht die Möglichkeit der Rechtsvertheidigung beider Parteien erschwert, und so durch Unvollständigkeit der Verhandlungen im mündlichen Verfahren eine Rechtsunsicherheit erzeugt werden kann, welcher das mündliche Verfahren vor allem vorzubeugen hat. Solche Betrachtungen haben auch den hiesigen Gerichtshof bewogen, die im §. 11 der Instruktivverordnung angeordnete Ausnahme von der Regel der Festsetzung der Tagfahrten nach §. 10 selbst zur Regel zu erheben, und dadurch zugleich die §§. 1112, 1215 der Pr. Ordn. dahin in ihrer Reinheit aufrecht zu erhalten, daß das Gericht überall alsbald die Tagfahrten der mündlichen Verhandlung ansetzt, und damit nie in den Fall kommt, daß eine Partei Unkenntniß der Tagfahrt zur Verhandlung ihrer Sache mit Grund vorschützen kann. Wenn es aber dem wohl unter allen Gerichtshöfen des Landes am meisten beschäftigten Hofgericht zu Rastadt gelungen ist, dabei Ordnung zu halten, und die Gerechtigkeitspflege zu fördern, wenn es sich wohl dabei befindet, so scheint aus dieser Erfahrung der Vorzug der Ausnahme des §. 11 der Instruktivverordnung vor der Regel der §§. 10, 13, 18 bewiesen und bekräftigt zu seyn.

Ueberhaupt scheint die in der Instruktivverordnung v. J. 1832 getroffene Anordnung der Festsetzung der Tagfahrten vor den Obergerichten, zumal vor dem Oberhofgericht nicht ganz zweckmäßig zu seyn, denn wenn man bedenkt, daß eine im Oberland, am See wohnende Partei, selbst der Verhandlung ihrer Sache beiwohnen, oder selbst verhandeln, oder einen Anwalt ihres Wohnorts als den Mann ihres Vertrauens mit der Verhandlung beauftragen will, so wird ihr dieses, wenn die Tagfahrten von dem Oberhofgericht nur 8 — 14 Tage vor ihrem Eintritt selbst festgesetzt werden, jedenfalls schwer, ja in vielen Fällen unmöglich fallen, und sie also gezwungen werden, Jemand mit Vertretung ihres Interesses zu beauftragen, den sie nicht kennt, und dem sie vor einem ihr bekannten Anwalt ihres Bezirks nicht den Vorzug geben würde, wenn man ihr eine Auswahl gelassen hätte. Es werden dadurch die Rechte der Parteien abermals bedroht, und die schon längst in ihren mannigfachen Nachtheilen fühlbare Entlegenheit des Oberhofgerichts am Ende des Landes wird dadurch nur noch um so schädlicher. Sodann hat diese Einrichtung darin noch einen großen Nachtheil zur Folge, daß nach §. 18 der Instruktivverordnung sämmtliche Anwälte des Gerichtshofs in jener Sitzung erscheinen sollen, wo die Tagfahrten selbst angesetzt werden. Diese Sitzung tritt aber jede Woche ein, und wenn nun ein Proceß, z. B. bei dem Oberhofgericht, wo es bei dessen Geschäftsanhäufung vorkommen kann, bis zur Ansetzung der Tagfahrt ein Jahr lang liegen bleibt, so müssen also die Anwälte der Parteien 52mal zur Festsetzung der Tagfahrt erscheinen. Können sie nun für dieses Erscheinen nach §. 10 der neuen Advokatentarordnung jedesmal auch nur 1 fl. ansetzen, so macht dieses am Ende 104 fl., welche die verlierende Partei allein für die Festsetzung der Tagfahrten bezahlen muß, und was wohl mehr beträgt, als alle andern Proceßkosten, während man es doch mit einem einfachen Decret über die alsbaldige Feststellung der Tagfahrt abthun kann. Man wird zwar sagen, daß der Anwalt den Gulden nur da ansetzen darf, wo wirklich die Tagfahrt angeordnet wird. Allein, abgesehen davon, daß dieses nicht so ausdrücklich festgesetzt ist, wie es doch bei dem Umstand nöthig gewesen wäre, wo weder nach der alten noch nach der neuen Tarordnung dem Anwalt die Pflicht einer eigenthümlichen Verrichtung für die Partei umsonst aufgeladen werden kann, so wird dadurch dem Advokatenstand eine sehr beschwerliche Pflicht auferlegt, wogegen er sich mit Recht beschweren kann, 52mal in einer Gerichtssitzung zu erscheinen; und dafür 1 fl. zu verdienen, ist hart. Ich denke mir zwar, daß sie nicht in der Sitzung des §. 18 der Instruktivverordnung erscheinen, allein dann handeln sie gegen diese Anordnung, dann wird sie faktisch nicht eingehalten, und Verordnungen, welche nicht gehalten werden, eignen sich um so mehr zur Aufhebung oder Abänderung, wenn sich, wie hier geschehen, zugleich nachweisen läßt, daß ihre Befolgung mannigfache Nachtheile mit sich führen würde.

Sander.

II.

Hofgericht Rastadt.

Rechtsfall über Zinsenzahlung und Zinsenlauf. Zur Erläuterung der L.R.Sätze 1908 und 1652.

v. R. erkaufte aus der Gantmasse seines Vaters ein Gut um die Summe von 36,000 fl., nebst Fahrnissen im Betrag von 1063 fl. unter den Bedingungen, daß 6000 fl. zwei Monate nach der Ratifikation des Kaufs, die übrigen 30,000 fl. aber in verzinslichen Terminen von 10,000 fl. in drei Jahren bezahlt werden sollten. Diese Zahlungsbedingungen wurden aber nicht eingehalten, sondern im Laufe des zweiten Jahrs zahlte der Käufer 26,000 fl., und erhielt dafür eine auf Zahlung am Kaufschilling seines väterlichen Guts lautende Abschlagsquittung. Der Verkäufer erhob nun nach drei Jahren auf den Rest des Kaufschillings Klage, und verlangte dabei zugleich die Zinsen des ersten Zahlungs-

Digitized by Google

termins von 6000 fl., weil solche als Kaufschilling von einem Gut herrührten, welches Früchte abwerfe, und von den Fahrnissen im Betrag von 1063 fl., weil solche zu dem Gut gehörten, demnach auch der gesetzlichen Zinspflicht des S. 1652 Nr. 2 theilhaftig wären. Der Beklagte widersprach dieser Zinspflicht, und hielt sich überhaupt zu einer Zinszahlung nicht verbunden, weil seine Quittung für die bezahlten 26,000 fl. von einem Zinsrückstand nichts erwähne, und er also nach L.R.S. 1908 von jeder Zinszahlung befreit seie, was Kläger widersprach.

In letzterer Beziehung nahm man nun an, daß der S. 1908 allerdings eine gesetzliche Vermuthung für Bezahlung der Zinsen nach den L.R.Sätzen 1330, 2 und 1332 in der Art enthalte, daß durch die vom Gesetz ausgesprochene Erledigung von den Zinsen jeder Gegenbeweis der Nichtzahlung derselben ausgeschlossen seie. Allein, abgesehen davon, daß er von einer über das Kapital ausgestellten Quittung spreche, also den Fall der gänzlichen Zahlung der zinstragenden Schuld im Auge habe, folgeweise auf Abschlagszahlungen, und dafür ausgestellte Abschlagsquittungen gar nicht gehe, demnach hier, wo es sich von einer Abschlagsquittung handle, nicht angerufen werden könne, so ertheile er auch seine gesetzliche nicht auszudehnende Vermuthung nur für die verzinsliche Darleihe*). Der Gesetzgeber, welcher die Darleihe ihrer Natur nach zufolge des S. 1892 und 1902 für unverzinslich halte, wollte überhaupt die Zinsen bei Darleihen nicht begünstigen, und hat deßhalb die gesetzliche Vermuthung des S. 1908 eingeführt, welche aber eben deßhalb nicht auf andere Rechtsgeschäfte und am allerwenigsten auf Kauf und Verkauf zumal eines fruchtbringenden Guts auszudehnen ist, wo sogar gesetzliche Zinsen laufen. Daß hier bei dem Kauf gleichfalls Zinsen bedungen worden sind, kann ihn aber dem S. 1908 nicht unterstellen, indem die bedungenen Zinsen immerhin bedungene Zinsen des Kaufs und Verkaufs, nicht aber einer Darleihe sind, auf welche der S. 1908 allein geht. Die verfallenen Zinsen der verzinslichen Termine des Kaufschillings hat daher Beklagter zu zahlen, dagegen ist er von der Verzinsung des ersten Termins zu 6000 fl. freizusprechen, denn wenn es auch richtig ist, daß das gekaufte Gut ein fruchtbringendes ist, und daß ein solches Gut, als Gegenstand eines Kaufs nach S. 1652 Nr. 2 zur Zahlung von gesetzlichen Zinsen von der Ueberlieferung verbindet, so ist es auf der andern Seite auch richtig, daß diese gesetzliche Folge gerade nach S. 1652 Nr. 1 durch das Zinsgedinge geändert werden kann. Hier nun ist diese Aenderung damit eingetreten, daß sich der Verkäufer nur für die spätern Kaufschillingstermine ausdrücklich Zinsen bedungen, damit die Unverzinslichkeit des ersten Termins der 6000 fl. selbst festgesetzt, und somit von der gesetzlichen Verzinsung wegen Ueberlieferung eines fruchtbringenden Guts abstrahirt hat. Es folgt dieses ganz klar daraus, daß diese gesetzlichen Zinsen von der Ueberlieferung an laufen, nimmt man nun an, daß das Gut alsbald überliefert worden ist, der Käufer aber die 6000 fl. nach Umfluß seines Termins von zwei Monaten bezahlt hätte, so würde man ihn nicht für schuldig finden, die gesetzlichen Zinsen zu bezahlen, obschon er das Gut und dessen Früchte zwei Monate im Besitz gehabt und genossen hätte. War er aber für diese zwei Monate nicht zur gesetzlichen Verzinsung schuldig, so war er dies nur, weil man im Gegensatz des spätern ausdrücklichen Zinsgedinges der nachherigen Termine annahm, daß also der frühere Termin von 6000 fl. unverzinslich seyn sollte, und dann konnte in dem darin liegenden vertragsmäßigen Abstehen von der gesetzlichen Verzinsung nach S. 1652 Nr. 2 der Verkäufer, nachdem der Käufer den Termin von zwei Monaten nicht eingehalten hat, nicht mehr auf die gesetzliche Verzinsung zurückgreifen, sondern es blieb ihm nichts übrig, als durch Anforderung des Termins von 6000 fl. nach Umfluß der zwei Monate solche nach S. 1652 Nr. 3 als Verzugszinsen in Lauf und Rechnung zu bringen, was er aber bis jetzt unterlassen hat, weßhalb ihm die Zinsen der 6000 fl. erst von dem Tag der Klage an zuzusprechen sind. Das gleiche würde auch für die mitverkauften Fahrnisse im Betrag von 1063 fl. eintreten, da für solche ebenfalls keine Zinsen bedungen wurden. Allein es geht aus der eigenen vom Kläger selbst ausgegebenen Beschreibung dieser Fahrnisse alsbald genügend hervor, daß sie keineswegs zu dem Gut als einem fruchtbringenden Gegenstand gehören, denn indem sie der Kläger als solche bezeichnet, welche der Pächter des Guts nicht inne hat, bezeichnet er sie als solche Fahrnisse, welche nicht zur Bewirthschaftung des Guts gehören, also nicht dazu bestimmt sind, um die Früchte desselben zu erzeugen. Gerade diese Fruchterzeugung des Guts ist ja die Absicht und der Gegenstand des Pachts, und jene Fahrnisse, welche der Pächter nicht inne hat, sind daher solche, welche nicht zur Fruchterzeugung, sondern zur Ausschmückung ꝛc. des Guts gehören, demnach sich, als besonderer Gegenstand eines Kaufs, nicht zur gesetzlichen Verzinsung des S. 1652 Nr. 3, sondern in Abseyn eines Zinsgedinges nur zur Verzinsung auf den Fall eines Verzugs nach S. 1652 Nr. 3 eignen, weßhalb auch davon die Zinsen nur vom Tag der Klage an zuzusprechen sind.

Sander.

*) Dies ließe sich jedenfalls noch bezweifeln, da der L.R.S. 1908 überhaupt von einem Kapital, das Zinsen trägt, spricht, und der Ausdruck „Darleihe" dabei nicht gebraucht ist.

Zwar handelt das Kapitel, worin dieser S. 1908 vorkommt, nach der Ueberschrift speziell vom „verzinslichen Darleihen," allein der dritte Satz dieses Kapitels, nämlich der dem S. 1908 vorangehende S. 1907, spricht nichts desto weniger allgemein von den Zinsen, sowohl von den gesetzlichen als von den bedungenen, also ebenfalls nicht blos von Zinsen von Darleihen, da bei diesen keine gesetzliche, sondern nur bedungene Zinsen vorkommen.

Der Ueberschrift des Kapitels ohnerachtet kann also, so wie der S. 1907 Zinse aus verschiedenen Rechtsgeschäften im Auge hat, auch der S. 1908 vermöge seiner allgemeinen Fassung auch auf die Zinsen von Kaufschillingen u. dgl. bezogen werden.

D. R.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 32. Karlsruhe den 6. August 1836.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Sind Kosten, welche durch die Erhebung einer vormaligen Grafschaft zu einem reichsunmittelbaren Fürstenthum entstanden, nach den Reichsgesetzen als Landesschulden zu betrachten?

Fürst zu Salm gegen den großherzogl. Fiskus*).

Durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Febr. 1803 war dem Hause Salm-Reifferscheid-Bedburg als Entschädigung für die jenseits des Rheins verlorenen Besitzungen das mainzische Amt Krautheim mit den Gerichtsbarkeitsrechten der Abtei Schönthal in besagtem Amte und überdies eine beständige auf Amorbach ruhende Rente von 32,000 fl. zugefallen. Das fürstliche Haus Leiningen dagegen hatte die mainzischen Aemter Miltenberg, Buchen, Seeligenthal, Amorbach und Bischofsheim; die von Würzburg getrennten Aemter Grünsfeld, Lauda, Hartheim und Rückberg; die pfälzischen Aemter Boxberg und Mosbach und die Abteien Gerlachsheim und Amorbach erhalten. Nach §. 46 des Reichsdeputationshauptschlusses sollten alle Tauschverträge, Länderpurifikationen ꝛc. ꝛc., welche von den Fürsten, Ständen und Gliedern des Reichs unter sich innerhalb eines Jahres abgeschlossen werden, eben so wohl volle Kraft haben und zum Vollzug kommen, als wenn sie dem Hauptschlusse einverleibt wären. Innerhalb dieser Frist überließ das fürstliche Haus Leiningen dem gräflichen Hause Salm-Reifferscheid das Amt Grünsfeld, den zum vormaligen Amt Lauda gehörigen Ort Distelhausen und die Abtei Gerlachsheim, wogegen Letzteres auf die beständige Rente von 32,000 fl. verzichtet hat.

Das Haus Salm-Reifferscheid trat demnach in diejenigen reichsschlußmäßigen Verhältnisse und Verbindlichkeiten ein, welche in Ansehung jener cedirten Bestandtheile des ehemaligen Hochstifts Würzburg dem fürstlichen Hause Leiningen zukamen. Im Jahr 1804 ließ sich nun der damalige Altgraf Franz Wilhelm zu Salm-Reifferscheid in den Reichsfürstenstand und das ihm durch den jüngsten Reichsschluß für seine durch den Lüneviller Frieden mit dem linken Rheinufer an Frankreich abgetretene Reichsgrafschaft Reifferscheid zu Theil gewordene Surrogat, nämlich Krautheim und Gerlachsheim, sammt allen dazu gehörigen Regalien, Rechten und Gerechtigkeiten zu einem reichsunmittelbaren Fürstenthum erheben und zwar, wie jetzt behauptet wird, in der Absicht, eine Virilstimme im Reichsfürstenrathe zu erwerben. Die nachher eingetretene Mediatisation vereitelte jedoch diesen Plan. Zufolge der Rheinbundesakte vom 12. Juli 1806 fiel das Fürstenthum Salm-Reifferscheid-Krautheim unter die Souverainetät von Würtemberg und Baden. Würtemberg erhielt nämlich den auf dem linken Jartufer gelegenen Theil des vormals mainzischen Amtes Krautheim, und Baden die nördlich der Jart gelegenen Besitzungen des gedachten Fürstenthums.

Nachdem gegen den Herrn Fürsten Franz Wilhelm zu Salm unterm 6. Juni 1809 der förmliche Konkurs erkannt worden war, liquidirte die Reichskanzlei zu Wien auf Pfandverschreibung vom 8. Februar 1804 eine Forderung von 21,600 fl. W.W. sammt Zinsen zu 4 pCt. vom 1. Januar 1808 und 26 fl. 26 kr. Kosten, womit sie in die dritte Klasse des hofgerichtlichen Ordnungsbescheids vom 21. April 1815 gesetzt wurde.

Im Jahr 1833 ließ nun der jetzige Herr Fürst Constantin zu Salm eine Klage auf Ersatz von 21,400 fl. 16 kr. nebst Zinsen zu 4 pCt. vom 8. Februar 1804 an, gegen den großherzoglichen Fiskus einreichen und zu deren Begründung im Wesentlichen vortragen: Durch die Erhebung der Grafschaft Salm-Krautheim in ein Reichsfürstenthum seien an Taxen 30,071 fl. Konventionsmünze erwachsen; daran habe der Herr Fürst Franz Wilhelm 8471 fl. 30 kr. baar bezahlt und über den Rest ad 21,600 fl. im 20 fl. Fuß oder zu 25,920 fl. im 24 fl. Fuß eine Schuld- und Pfandurkunde ausfertigen lassen, zu 4 pCt. verzinslich.

*) Man vergl. damit den Fall in Nr. 8 der Annalen d. J.

Digitized by Google

Diese, zum Besten des Landes kontrahirte Schuld sei daher auch mit Hinzuschlagung der durch die Nachsuchung erwachsenen Kosten ad 358 fl. 22 kr. in der Landescontributionskasserechnung in Einnahme und Ausgabe verrechnet worden. Bei der in Folge der rheinischen Bundesakte eingetretenen Mediatisirung des Fürstenthums hätten die von den Souverainen Würtembergs und Badens ernannten Kommissionen vordersamst den Stand der Landesschulden und Landesrevenüen untersucht und dabei in dem hierüber aufgenommenen Konferenzprotokolle auch die vorliegende Schuld als eine Landesschuld anerkannt, solche jedoch in der unrichtigen Unterstellung, als kaum dieses Passivum den Staatspapieren des österreichischen Kaiserstaates gleichgestellt und nach dem Cours der Wiener Papiere nur zu 50 pCt. angeschlagen worden, blos zur Hälfte mit 13,139 fl. 11 kr. und nur in dieser Art zur Vertheilung gebracht. Bei der Separatausgleichung zwischen dem großherzoglichen Aerar und der fürstlichen Standesherrschaft sei jedoch von diesen bereits anerkannten Grundsätzen abgewichen, die Qualität einer eigentlichen Landesschuld in Zweifel gestellt und die ganze Schuld ad 26,878 fl. 22 kr. nur als eine Kammerschuld zur Vertheilung gebracht, sofort dadurch das fürstliche Aerar um beiläufig $^{10}/_{11}$ verkürzt worden. Um dies wieder gut zu machen, soll nach dem Maßstab der Christenschatzung das würtembergische Aerar 5478 fl. 6 kr. und das badische Aerar 21,400 fl. 16 kr. übernehmen, beziehungsweis der fürstlichen Standesherrschaft mit Interessen rückersetzen;

1) weil der verlebte Herr Fürst Franz Wilhelm als damaliger Landesherr die in Frage stehende Schuld im Jahr 1804 auf eine verfassungsmäßige Weise zum Besten des Landes kontrahirt und solche ohne Widerspruch der Unterthanen für eine Landesschuld erklärt habe ꝛc. ꝛc. Da nun den eingetretenen hohen Souverainen als Rechtsnachfolgern des Landesherrn nirgends die Befugniß eingeräumt worden, die Regierungshandlungen ihres Vorfahrers anzugreifen und umzustoßen, da ihnen im Gegentheil sowohl nach der rheinischen Bundes- als nach der Wiener Kongreßakte zur ausdrücklichen Pflicht gemacht worden, die bei der Mediatisirung vorgefundenen Landesschulden und Lasten auf die Souverainetätskasse zu übernehmen, so könne es dermalen auch nicht auf die Untersuchung der weiteren Frage ankommen: ob die bei der Kontrahirung der Schuld für das Land beabsichtigten Vortheile wirklich in Erfüllung gegangen seien oder nicht? Es könne hierauf um so weniger ankommen, als im Gegentheil.

2) Die bereits erwähnte Konferenzverhandlung von 1808 in dem zwischen der Krone Würtemberg und dem Großherzogthum Baden unterm 11. Juni 1816 abgeschlossenen Staatsvertrag zum Grund gelegt und ausdrücklich gutgeheißen, demnach von den höchsten Souverainen anerkannt worden sei: daß hier eine eigentliche Landesschuld wirklich vorgelegen, weßhalb der klagende Theil nicht Ursache habe, sich auf den Beweis des durch die Erhebung des Fürstenthums erlangten Vortheils einzulassen.

Das Gesuch gieng dahin: den großherzoglichen Fiskus zur Zahlung der libellirten 21,400 fl. 16 kr. sammt Zinsen zu 4 pCt. vom 8. Februar 1804, als dem Tag der Urkundenausstellung, zu verurtheilen.

In der Einlassung bestritt der Beklagte dem Gegentheil vor Allem das Klagrecht, weil nirgends gesagt werde, daß und wann er die Schuld mit Eintritt in die Rechte des Gläubigers bezahlt habe. Sodann erklärte der Fiskalanwalt, nicht zu wissen, ob für die Erhebung des Landes zu einem Fürstenthum wirklich eine Taxe von 30,071 fl. 30 kr. Konventionsmünze berechnet werden durfte und berechnet wurde. Es sei weder eine Specifikation vorgelegt, noch angegeben, wie viel und an wen der Herr Fürst vor oder nach der Mediatisation etwas bezahlt habe. Uebrigens ward zugestanden, daß die würtembergischen und badischen Kommissäre, als sie im Jahr 1808 die durch die Mediatisirung des Herrn Fürsten von Salm-Krautheim beiden Regierungen zugefallenen Souverainetätsrevenüen und die darauf haftenden Lasten und Schulden unter sich abtheilten, die fragliche Forderung im Betrag von 13,139 fl. 11 kr. in dem vorgelegten Protokolle als Landesschuld aufführten; allein die kommissarischen Verhandlungen, so wie der Staatsvertrag vom 11. Juni 1816 seien für den Herrn Fürsten lediglich eine res inter tertios acta. Indessen habe nicht einmal der Inhalt der Konferenzprotokolle, sondern nur dasjenige, was wirklich in den Staatsvertrag von 1816 aufgenommen worden, die Genehmigung der höchsten Souveraine erlangt.

Daß weder die großherzogliche Regierung noch ihre Kommissarien daran dachten, diese Schuld als Landesschuld anzuerkennen, daß sie sogar nicht ohne Indignation die desfallsige Anmuthung der fürstlichen Räthe zurückwiesen, ergebe sich aus einem gleich Anfangs der Mediatisationsverhandlungen unterm 5. Juli 1807 von dem Staatsrath von Dawans an das großherzogliche Geheimenrathskollegium erstattten Bericht, des betreffenden Inhalts:

> „Wo ist das Reichsgesetz, welches die Reichsunterthanen je verbunden hat, die Standeserhöhung ihres Herrn zu bezahlen? Kann ein Herr nicht einmal die Taxe für seine höhere Würde bezahlen, so begnüge er sich mit seiner alten. Weder die Mainzer noch die Würzburger haben an Ehre oder auf sonstige Art

Digitized by Google

gewonnen, daß der Herr Graf Fürst geworden; sie waren und blieben Unterthanen eines kleinen Herrn, statt daß sie es vorhin von größeren Fürsten waren ꝛc. ꝛc.“

Ueberdies sei in dem Staatsvertrag von 1816 jedem der kontrahirenden Höfe ausdrücklich vorbehalten worden, sich mit dem Herrn Fürsten von Salm-Krautheim nach den in jedem Staate bestehenden allgemeinen Grundsätzen besonders auszugleichen.

Was hiernächst die einzelnen Klagfundamente betrifft, so wird darauf erwiedert:

ad 1. Daß die Unterthanen nicht widersprochen haben mögen, wolle man wohl glauben, weil sie nicht gefragt wurden und schwerlich wußten, daß sie die Kosten der Standeserhöhung tragen sollen. Sie hätten sich sonst wohl mit der gräflichen Würde begnügt. Hätten sie doch auch nicht widersprochen, als sie von ihrem frühern Landesherrn an den Herrn Grafen von Salm abgetreten wurden! Der Regierungsnachfolger sei nur die verfassungsmäßigen, von seinem Vorfahrer innerhalb der Schranken seiner Befugnisse vorgenommenen Handlungen anzuerkennen schuldig; es müßte also hier bewiesen seyn, daß die Schuld wirklich zu wahren Landesbedürfnissen, zum wahren Landesbesten verwendet worden, und die Kammergüter zur Bestreitung der deßfallsigen Kosten bei zweckmäßiger Verwaltung nicht zugereicht hätten. Allein abgesehen davon, daß es dem Herrn Fürsten schwerlich gelungen seyn würde, eine Virilstimme im Reichsfürstenrathe zu erwerben und dadurch seinem Lande irgend einen Vortheil zu verschaffen, müsse man behaupten, daß die Standeserhöhung dem Herrn Fürsten und dem Land in so fern zu einem wirklichen Nachtheil gereichte, als er seine Hofhaltung und seine ganze Verwaltung in einer dem neuen Titel entsprechenden Weise einrichten zu müssen und so zu einem, seine und des Landes Kräfte übersteigenden Aufwande veranlaßt zu seyn geglaubt habe. Hätte aber der Herr Fürst auch wirklich die Absicht gehabt, dem Lande einen Vortheil zu verschaffen, so wäre es nur ein Vortheil gewesen, den das Land hatte, ehe es an den Herrn Fürsten gefallen, ja, den ein Theil des Landes durch eine freiwillkührliche Handlung des Herrn Fürsten selbst verloren hatte. Denn die Aemter Grünsfeld und Gerlachsheim seien durch den Reichsdeputationshauptschluß an Leiningen, welches schon längst ein Fürstenthum gewesen, zugetheilt und erst durch einen zwischen dem Herrn Fürsten von Leiningen und dem damaligen Herrn Grafen von Salm abgeschlossenen Vertrag an Letztern abgetreten worden. Wenn der Herr Fürst also sein Land für einen durch ihn verlornen Vortheil entschädigen wollte, so sei doch gewiß nichts gerechter und billiger, als daß er die deßfallsigen Kosten auf sich nehme. Die fragliche Schuld hätte daher, da sie lediglich eine Privatschuld der fürstlichen Familie sei, nicht einmal unter die Kammerschulden aufgenommen werden sollen, weßhalb sich der Fiskus auch vorbehalte, den Ersatz des von dem großh. Aerar auf seine Kammergefälle bei der Mediatisirung im Jahe 1807 übernommenen Antheils an dieser Schuld in einer besondeeen Wiederklage gegen den Herrn Fürsten geltend zu machen.

Ad 2. Wuede sich auf das schon oben Voegetragene lediglich bezogen, wornach überall kein Anerkenntniß vorliege. Außerdem opponiete der Beklagte

a) die Einrede der Zuvielforderung, da sich der Herr Kläger an seiner Forderung jedenfalls dasjenige in Abzug bringen lassen müsse, was bei der Abtheilung der Kammerschulden im Jahr 1807 die großh. Regierung an der fraglichen Schuld bereits auf ihren Kammerrevenüenantheil übernommen habe;

b) die Einrede der mangelnden Verbindlichkeit zur Zahlung von Zinsen, indem dafür nirgends ein Grund angeführt und jedenfalls auch hier wieder zu viel gefordeet sei, weil das Ganturtheil vom Jahr 1815 die Zinsen nur vom 1. Januar 1808 an für liquid erkenne;

c) die Einrede der Verjährung hinsichtlich aller Zinsen, welche über 5 Jahr alt sind.

Die Bitte ist auf Abweisung der Klage gerichtet. In der Replik wird entgegnet: die fragliche Schuld habe im Jahr 1807 wirklich noch bestanden, was schon daraus hervorgehe, daß sie in den Schuldenetat aufgenommen worden sei. Der Ersatz könne selbst ohne Beweis der Zahlung gefordert werden, weil in jedem Fall der Standesherrschaft die Befriedigung der Individuen der Reichskanzlei obgelegen habe. Inzwischen sei Hofbanquier von Hirsch auf Gereuth im Jahr 1825 Eigenthümer dieser Forderung geworden, welche er unterm 8. Juli 1828 an den Herrn Fürsten cedirt habe, so daß also die Sachlegitimation des Letzteren keinem Zweifel mehr unteeliegen könne.

Im Uebrigen verwahrte sich die Standesherrschaft ausdrücklich gegen eine unter anderen Umständen etwa allerdings zur Klagbegründung erforderliche Beweisführung: daß die Erhebung der Grafschaft in ein Reichsfürstenthum zum wahren Nutzen des Landes gereicht habe. Ja sie fügte sogar noch bei: es sei nicht Schuld des Herrn Fürsten, daß der mit diesem Staatsaufwand beabsichtigte, nach den gleichzeitigen Staatsverhältnissen wohl und reichsverfassungsmäßig berechnete Zweck nicht erreicht worden sei! Eine Specifikation könne jetzt, nachdem der ganze Posten in den frühern Schuldenetat aufgenommen und ausdrücklich anerkannt worden, nicht mehr verlangt werden. Nach einer weitläufigen Wiederholung des frühern Vorbringens bemerkt der fürstliche Sachführer auf die vom Gegentheil vorgeschützten Einreden:

Digitized by Google

Zu a. Es verstehe sich von selbst, daß dasjenige, was die großh. Regierung an der fraglichen Schuld bereits unter dem Rubrum von Kammerschulden übernommen habe, seiner Zeit wieder in Abzug zu bringen sei.

Zu b. Sobald die fragliche Schuld wirklich eine Landesschuld sei, so habe der Herr Fürst dem Land auch die Zinsen schon vom 8. Februar 1801 in Aufrechnung bringen können, weil er nicht schuldig gewesen, für die Contributionskasse aus seiner Kammerkasse Zinsen zu zahlen. Auf alle Fälle hätte der Staat die Schuld wenigstens vom Tag der Anerkenntniß, mithin vom 18. März 1808 an pro rata übernehmen, und folglich auch von dort an die Zinsen zahlen sollen, weßhalb mit dem vollsten Rechte die Rückvergütung gegen denselben in Anspruch genommen werde.

Zu c. Die Einrede der Verjährung werde aus den in anderen Schriftsätzen angeführten Gründen als unstatthaft widersprochen.

In der Duplik besteht der Beklagte darauf, daß, wenn der Herr Kläger die fragliche Schuld nicht bezahlt habe, ihm eine Klage auf Zahlung gegen den Fiskus in keinem Falle zustehe. Sollte aber Beklagter wider Erwarten je zur Uebernahme der fraglichen Schuld verurtheilt werden, so wolle er dem wahren Gläubiger selbst Zahlung leisten, der Vermittelung des Herrn Klägers bedürfe er hiezu nicht.

Was die vorgebliche Cession betreffe, welche jetzt erst zum Vorschein komme, so könne solche, da eine mutatio libelli in der Replik nicht erlaubt sei, keine Berücksichtigung finden.

Zur Sache selbst wiederholte Beklagtee lediglich priora.

Nach Anhörung der mündlichen Rechtsausführungen wurde der Herr Fürst durch hofgerichtliches Urtheil vom 7. Mai d. J. unter Verfällung in die Kosten mit der angestellten Klage lediglich abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

J. E., daß die Liquidität des hier eingeklagten Postens ad 26,278 fl. 22 kr., wovon der großh. Fiskus für seinen Antheil an dem mediatisirten Fürstenthum Salm-Krautheim die Summe von 21,400 fl. 16 kr. übernehmen, beziehungsweise der fürstl. Standesherrschaft mit Zinsen zu 4 pCt. v. 8. Febr. 1801 an vergüten soll, mit Erfolg nicht mehr bestritten werden kann, nachdem solcher bei der im Jahr 1807 zwischen dem Souverain und dem Standesherrn bewirkten Schuldenabtheilung von den hiezu beauftragten Kommissarien als unbezahlt und richtig angenommen, sofort hälftig mit 13,139 fl. 11 kr als Kammerschuld wirklich zur Vertheilung gebracht und dadurch sowohl als durch die Auszahlung des die großh. Staatskasse betreffenden Ratums an die fürstl. Standesherrschaft in der That auf verbindliche Weise anerkannt worden ist;

J. E., daß es sich aber jetzt nicht davon handelt, ob dieses Passivum mit Recht oder Unrecht nur zur Hälfte als Kammerschuld repartirt wurde; da dermalen lediglich die Frage zur Entscheidung ausgesetzt ist: ob das von dem ganzen Betrag für Baden berechnete Betreffniß nach Maßgabe des der Klage zum Grund gelegten §. 51 des dritten Constitutionsedikts von 1807 als eine Landesschuld auf die großh. Staatskasse hätte übernommen werden sollen?

J. E. nun, daß unter Landesschulden nicht alle vom Landesherrn kontrahirte Passiven, sondern nur solche zu verstehen sind, welche nach der deutschen Reichsverfassung entweder jedenfalls oder doch bei eingetretener Insufficienz der Kammergefälle durch Steuerumlagen getilgt werden durften, wie dies namentlich geschehen konnte bei denjenigen Schulden, welche durch ein bestimmtes Reichsgesetz oder durch einen speciellen Reichstagsbeschluß, oder auch durch ein Herkommen auf die Steuern gelegt, oder welche mit Bewilligung der Landstände ausgeschlagen, oder endlich von den Unterthanen freiwillig übernommen worden waren;

J. E. aber, daß keiner dieser Fälle hier vorliegt, während die auf einer willkührlichen Anordnung des Herrn Fürsten beruhende und erweislich nicht einmal zur öffentlichen Kenntniß gebrachte Aufnahme der fraglichen Schuld in die Landescontributionscasserechnung keineswegs geeignet war, die Unterthanen zu verpflichten;

J. E., daß zwar Geldanleihen, womit Schulden der vorgedachten Art abgetragen wurden, nach gemeinrechtlichen Grundsätzen als versiones in rem angesehen und daher den eigentlichen Steuerschulden gleich geachtet werden müßten *).

J. E. dagegen, daß hier auf der einen Seite keine solche Verwendung in Frage steht und auf der andern Seite die fürstliche Standesherrschaft sich gegen die zur Klagbegründung etwa dienliche Nachweisung: daß die Erhebung der Grafschaft zu einem Reichsfürstenthum dem Lande wirklich von Nutzen gewesen, nicht nur ausdrücklich verwahrt, sondern selbst einräumt: daß der mit dem deßfallsigen Kostenaufwand von dem Herrn Fürsten angeblich beabsichtigte Zweck, ein Virilstimmrecht im Reichsfürstenrathe zu erwerben, niemals erreicht worden sei;

J. E., daß sich die fürstliche Standesherrschaft auch ganz zur Ungebühr auf dasjenige beruft, was nach dem Vollzuge der Mediatisation in den Jahren 1808 und 1816 zwischen den Souverainen Würtembergs und Badens wegen der Schuldenabtheilung verhandelt und vertragen worden, indem diese Vorgänge den Mediatisirten, als dritte, von der Theilnahme an der Verhandlung fern gehaltene, Person nicht berühren und für denselben in so fern keinen Rechtstitel abgeben, als es gar nicht in der Absicht der höchsten Kontrahenten gelegen seyn konnte, sich gleichzeitig mit dem Standesherrn ins Reine zu

*) Dieser Satz ist in den §§. 78 und 81 des R.D.R. von 1803 ausdrücklich sanktionirt.

Digitized by Google

ſetzen, was insbeſondere noch aus dem Art. III des der Replik beigelegten Staatsvertrags vom 11. Juni 1816, beſagend:

„Die Ausſcheidung der auf die beiden allerhöchſt und höchſten Höfe übergegangenen Souverainetätsrevenüen von den, dem Herrn Fürſten von Salm-Krautheim verbleibenden Domanialgefällen, und die Uebernahme des hierauf fallenden Antheils an den auf der fürſtlichen Domanialkammer haftenden Schulden und Laſten ſind kein Gegenſtand der gegenwärtigen Uebereinkunft, ſondern es bleibt jedem der beiden Höfe überlaſſen, deßhalb nach den in jedem Staate beſtehenden Grundſätzen die weiteren Anordnungen zu treffen —

aufs unzweideutigſte hervorgeht.

J. E., daß mithin die im §. 58 der großherzoglichen Verordnung vom 6. Oktober 1825 nachgelaſſene Beſchwerde, wozu die fürſtliche Standesherrſchaft durch jenen Vorbehalt ſelbſt ohne Rückſicht auf den Beweis der Zahlung oder der Ceſſion unſtreitig befugt iſt, in ſo weit damit das Begehren der Uebernahme des ganzen Schuldbetrags ad 21,400 fl. 16 kr. als Landesſchuld auf die großherzogliche Staatskaſſe geltend gemacht werden will, als grundlos erſcheint;

J. E., daß folgeweis auch die Einrede der Zuvielforderung um ſo weniger einer Entſcheidung bedarf, als der Herr Kläger damit einverſtanden iſt, daß alles dasjenige an ſeiner Forderung in Abzug gebracht werden müßte, was die großherzogliche Staatskaſſe davon unter der Ruprik „Kammerſchulden“ beim Vollzug der Mediatiſation bereits übernommen hat;

J. E. endlich, daß der Nebenanſpruch auf Zuerkennung von Zinſen mit der Hauptforderung von ſelbſt hinwegfällt, und daher die nähere Prüfung der vom Beklagten vorgeſchützten Einrede der Verjährung überflüſſig macht.

Nach Anſicht des §. 169 der Pr. Ordn.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Alles nach Stimmeneinhelligkeit!

Bayer.

II.

Rechtsfall, vorgekommen bei dem großherzoglichen Oberhofgericht.

In Sachen Schäfer gegen Rüger.

Am 29. Dezember 1834 kaufte Rüger ein halbes Haus zu Ladenburg, welches mit dem des Schäfer unter einem Dache ſteht. Ehe dieſer Kauf im Grundbuch eingetragen und gewährt war, machte Schäfer am 30. Dezember 1834 dagegen folgende Looſungsanzeige:

„Das verkaufte halbe Wohnhaus ſteht mit dem meinigen unter einem Dach, und da mir geſetzlich das Dachlooſungsrecht zuſteht, ſo mache ich von demſelben Gebrauch und ſtehe ſohin Kraft dieſes Looſungsrechtes in dieſen Kauf ein.“

Am 7. Januar 1835 geſchah der Eintrag des Kaufvertrags in dem Grundbuche, worauf der Gemeinderath zu Ladenburg verfügte, die Gewährung ſei bis nach umlaufener Ausloosungsfriſt auszuſetzen und Schäfer ſogleich erklärte, daß er auf ſeinem bereis angekündigten Looſungsrecht beſtehe, welches jedoch von Rüger beſtritten wurde.

In einem Gemeinderathsprotokoll vom 9. Jänner 1835 erbot ſich Schäfer noch weiter, die von Rüger etwa beſtrittenen Nebenausgaben zu hinterlegen und bat, den Rüger zur Angabe der von ihm bereits bezahlten Nebenkoſten aufzufordern. Rüger weigerte aber dieſe Angabe, worauf Schäfer 10 fl. beim Gemeinderath deponirte und die Gemeinderathskoſten mit 3 fl. 44 kr. bezahlte.

Schäfer ſtellte nun eine förmliche Looſungsklage an, welcher in der Einlaſſung hauptſächlich entgegen gehalten wurde:

1) Beide Looſungsanzeigen ſeien zu früh, nämlich die vom 30. Dezember 1834, weil ſie im Widerſpruch mit L.R.S. 1701 af vor dem Eintrag des Kaufs in das Grundbuch, die vom 7. Januar 1835, weil ſie gegen die Vorſchriften des Looſungsgeſetzes vom 3. Mai 1808 §. 12 vor der Gewährung des Kaufs geſchehen.

2) Beide Looſungsanzeigen ſeien aber auch ungültig, weil keine derſelben das im §. 13, 16 b des Looſungsgeſetzes und L.R.S. 1701 ai vorgeſchriebene Erbieten zur Uebernahme aller dem Käufer ferner obliegenden Zahlungen enthalte.

3) Kläger looſe auf Mehrſchatz, weßhalb ihm unter Beziehung auf §. 16 a des Looſungsgeſetzes und L.R.S. 1701 ae ein Handgelübde darüber zugeſchoben wurde:

„daß er das fragliche Haus nur für ſich und nicht für Dritte looſe, daß er ſein Recht weder gegen Entgeld, noch unentgeldlich an einen Andern übeelaſſen wolle, noch die gelooste Sache einem Andern zu überlaſſen die Abſicht habe.“

Nach gepflogenen Verhandlungen erkannte das Bezirksamt Ladenburg:

„Wird Kläger in einer noch zu beſtimmenden Tagfahrt mittelſt handgelübdlicher Verſicherung erhärten, daß er das vom Beklagten erkaufte Haus nur für ſich und nicht für Dritte looſe; daß er ſein Recht weder gegen Entgeld noch unentgeldlich einem Andern überlaſſe, und daß er auch die Abſicht nicht habe, die gelooste Sache einem Andern zu überlaſſen, ſo wird derſelbe

Digitized by Google

für berechtigt erklärt, dieſes Haus zu looſen und dadurch in die Rechte, die dem Beklagten durch den Kauf vom 29. Dezember 1834, reſp. 7. Januar 1835, erwachſen, einzutreten."

„Legt er dieſe Verſicherung aber nicht ab, ſo wird er, unter Verurtheilung in die Koſten mit ſeiner Klage lediglich abgewieſen."

Die amtlichen Entſcheidungsgründe waren im Weſentlichen folgende:

„Das Einführungsedikt zum Landrecht lege in ſeinem §. 18 den ältern Geſetzen nur in ſo weit Rechtskraft bei, als ſie durch das Landrecht nicht abgeändert ſeien."

„Der L.R.S. 1701 af verlange nur den Eintrag des Verkaufs in das Grundbuch, weßhalb die Gewähr des verkauften Gegenſtandes vor Zulaſſung der Looſung nicht nothwendig ſei. Der Eintrag in das Gewähr- oder Grundbuch enthalte aber auch die Gewähr eo ipso, weil nach der Inſtruktion über Führung der Grundbücher ein ſolcher Eintrag gar nicht geſchehen dürfe, wenn der Gemeinderath den Verkauf zu gewähren nicht im Stande ſei."

„Weder das Landrecht noch die landesherrliche Verordnung vom 3. Mai 1808 ſchreibe vor, daß die dem Looſer obliegenden Handlungen in einem Akt oder in ununterbrochenen Handlungen geſchehen müßten, weßhalb es genügen müſſe, wenn den geſetzlichen Vorſchriften in den beſtimmten Friſten Genüge geleiſtet worden. Nun ſei zwar die Looſungsankündigung vom 30. Dezember 1834 allerdings zu frühe geſchehen, weil der Eintrag in das Gewährbuch noch nicht vollzogen geweſen, am 7. Januar 1835 habe aber Kläger erklärt, daß er auf der früher angekündigten Looſung beſtehe, die Erklärung vom 30. Dezember 1834 müſſe ſomit als am 7. Januar 1835 geſchehen betrachtet werden. Durch dieſe letztere allein, verbunden mit der am 9. Januar 1835 erfolgten Hinterlegung von 10 fl. und Zahlung von 3 fl. 44 kr., habe aber Kläger dem §. 17 bc des Looſungsgeſetzes vollſtändig genügt und ſein Looſungsrecht folglich gehörig begründet. Die von demſelben verlangte handgelübdliche Verſicherung finde ihren Grund in dem §. 16 des Looſungsedikts."

Später kam der Anwalt des Klägers um Erläuterung dieſes Urtheils ein, welche dahin erfolgte:

„Der Sinn der Eidesformel könne kein anderer ſeyn, als daß der Looſer das Looſungsrecht nur für ſich und keinen Andern ausüben wolle, daß daher, wenn Kläger dies zu erhärten im Stande, er die Handtreue in der feſtgeſetzten Formel um ſo mehr ablegen könne, als das Geſetz dem Looſer nicht verwehre, die gelooste Sache dereinſt ſeinen Kindern, oder einem derſelben, zu übergeben, und er auch jetzt ſchon die deßfallſige Abſicht haben könne."

Gegen dieſes amtliche Urtheil und die demſelben beigefügte Erläuterung ergriff der Beklagte die Berufung an das Hofgericht des Unterrheins, welches die Klage deßhalb abwies, weil Kläger nach L.R.S. 1701 ai und §. 13 des Looſungsedikts vom 3. Mai 1808 ſchuldig geweſen, ſogleich mit der Looſungsanzeige zur Uebernahme aller dem Looſungspflichtigen obliegenden Zahlungen, z. B. des Kaufſchillings ꝛc. ſich zu erbieten, dieſes Anerbieten jedoch weder in der kläger'ſchen Erklärung vom 30. Dezember 1834 noch in jener vom 7. Januar 1835 enthalten ſei, weil nach §. 17 des erwähnten Looſungsedikts jede bei Looſungsſtreitigkeiten zur Anwendung kommende Geſetzesſtelle buchſtäblich, mithin im engſten Sinne ausgelegt, und weil nach §. 1 des gedachten Edikts keine Looſung, welche nicht in der geſetzlich beſtimmten Form ausgeübt worden, zugelaſſen werden ſolle.

Auf die gegen dieſes hofgerichtliche Urtheil von Seiten des Klägers eingeführte Oberberufung wurde jedoch das amtliche Urtheil wieder hergeſtellt.

Das oberhofgerichtliche Erkenntniß ſtützt ſich auf folgende

Gründe:

In Erwägung, daß der Kläger die Looſung des vom Beklagten gekauften Hausantheils unmittelbar nach dem am 29. Dez. 1834 geſchehenen Kaufe, nämlich am 30. deſſelben Monats bei dem Bürgermeiſteramt angezeigt und am 7. Januar 1835 in demſelben Akt, wodurch der Kauf in das Grundbuch der Stadt Ladenburg eingetragen wurde, die Erklärung abgegeben hat, daß er auf ſeinem Anſpruche beſtehe, mithin die im L.R.S. 1701 af und Art. 12 der Verordnung vom 3. Mai 1808 beſtimmte Friſt von 30 Tagen eingehalten iſt.

Daß dieſe Looſungsankündigung auch nach L.R.S. 1701 ai und nach §. 16 sub b des mehr allegirten Looſungsedikts mit der Darlegung aller vom Käufer geſchehenen Zahlungen und mit dem Erbieten zur Uebernahme aller, die dieſem ferner obligen, begleitet war, indem der Kläger nicht nur

1) auf Weigerung des Beklagten, den Betrag der von dieſem bereits geleiſteten Nebenausgaben anzugeben und deren Zahlung anzunehmen, die ungefähre Summe von 10 fl. am 9. Januar 1835 gerichtlich hinterlegt, und die Koſten des Gemeinderaths für Protokoll-

Digitized by Google

Grund- und Pfandbuchseintrag, Gewährgeld ꝛc. am nämlichen Tage bezahlt, sondern

2) auch schon bei seiner ersten Loosungsanmeldung vom 30. Dezember 1834 bestimmt erklärt hat, daß er Kraft seines Loosungsrechts in den befraglichen Kauf einstehe, ein solches unbedingtes Erbieten zum Einstehen in die Bedingnisse des Kaufs aber zugleich ein Erbieten zur Leistung der bereits geschehenen und noch zu leistenden Zahlungen enthält;

übrigens nirgends vorgeschrieben ist, daß der Loosungsberechtigte dieselben Ausdrücke, deren sich das Gesetz bedient, gebrauchen müsse, oder daß sein Anerbieten zur Erlegung der Kaufsumme nicht remissiv auf den ihm gerichtlich eröffneten Vertrag, mittelst Erklärung, daß er in solchen einstehe, geschehen könne;

In Betracht, daß wenn auch der §. 17 sub e der Verordnung vom 3. Mai 1808 bestimme, daß im Zweifelfalle gegen die Loosung zu sprechen und jede in Frage stehende Gesetzesstelle im buchstäblichen, mithin im engsten Sinne zu nehmen sei, dieses doch nur von dem Falle zu verstehen ist, wo überhaupt ein Zweifel und hier insbesondere darüber,

„ob der Löser die zu leistende Zahlung zu übernehmen sich erboten habe,"

obwalten könnte, welcher Zweifel aber hier, wo der Kläger unumwunden erklärte, in den ihm eben vorgelesenen Vertrag eintreten zu wollen nirgends vorhanden ist;

In Erwägung, daß der Sinn des §. 16 der Verordnung vom 3. Mai 1808, nach welcher der Looser das dort normirte Handgelübde, auf Verlangen des Loosungspflichtigen, zu leisten hat, nur dahin geht, daß dieser nicht die Absicht habe, jetzt schon die gelooste Sache einem Andern zu überlassen, wie solches daraus erhellet, daß er dieselbe wenigstens 18 Monate unveräußert behalten müsse, somit die Veräußerung nach Umlauf dieser Zeit ihm frei stehet und auch sich daraus herausstellt, daß zur Vermeidung von Collusion mit Dritten, oder einer Gefährde, welche das Gesetz allein zu verhindern sucht, noch keineswegs nothwendig war, eine länger fortdauernde Unveräußerlichkeit der geloosten Sache zu verordnen, übrigens eine solche Verordnung fortwährender Unveräußerlichkeit auch dem Eingange der mehr allegirten Verordnung selbst, welche unbillige Beschränkungen im freien Eigenthumsgebrauch mißbilligt, geradezu entgegenlaufe würde, mithin die von dem Bezirksamte Ladenburg gegebene Erläuterung dem Sinne und Geiste des Gesetzes angemessen ist;

Aus diesen Gründen mußte der amtliche Bescheid im Sinne der vom Unterrichter gegebenen Erläuterung wieder hergestellt werden.

Anmerkung des Einsenders. Der §. 1 des Loosungsedikts verbietet die Zulassung jeder Loosung, zu welcher im Gesetz nicht ein unzweideutiges Recht gegeben ist, und das in der darin bestimmten Form und Zeit nicht ausgeübt wird.

Durch diese Gesetzesstelle sind die bei der Ausübung des Loosungsrechts zu beobachtenden Förmlichkeiten im Sinne des L.R.S. 6 k. a. E. für nothwendige erklärt, und da solche nur in den §§. 13, 16, 17 b und c des Loosungsedikts und im L.R.S. 1701 ai gefunden werden können, so muß, in weiterer Berücksichtigung des §. 17 sub e des Loosungsedikts, jede Loosungsanzeige als ungültig erscheinen, welche den Vorschriften jener Gesetze nicht streng entspricht. Dies kann aber von den beiden Loosungsankündigungen vom 30. Dezember 1834 und vom 7. Januar 1835 bei strenger Anwendung jener Gesetze nicht behauptet werden, weil dieselbe nicht das vorgeschriebene ausdrückliche Erbieten, sondern nur ein aus der Erklärung, in den abgeschlossenen Kauf eintreten zu wollen, zu folgerndes enthalten. Der §. 1 und 17 sub e des Loosungsedikts dem Richter aber derartige Folgerungen, in welchen ja eine ausdehnende Auslegung liegt, geradezu untersagt.

Berücksichtigt man dabei noch, daß die Vorschriften der oben angeführten Gesetzesstellen durchaus überflüssig seyn würden, wenn man schon aus der Erklärung, in einen bestimmten Kauf eintreten zu wollen, das vorgeschriebene Erbieten folgern dürfte, indem ja hiernach schon die bloße Anzeige, einen gewissen Kauf loosen zu wollen, das Erbieten zur Erfüllung aller dem Käufer obliegenden Verbindlichkeiten enthielte, weil sie jeden Löser als gesetzliche Pflicht trifft, so muß man auch annehmen, daß eine Beurtheilung der fraglichen Loosungsanzeigen und eine Anwendung der betreffenden Gesetzesstellen, wie sie vom obersten Gerichtshofe geschehen, in der Absicht des Gesetzgebers nicht gelegen seyn kann.

Was die vom Bezirksamte Ladenburg seinem Urtheile beigefügte und vom Oberhofgerichte wenigstens in seinen Entscheidungsgründen gut geheißene Erläuterung betrifft, so widerstreitet dieselbe dem klaren Wortlaute des Gesetzes, denn der §. 16 a desselben sagt ausdrücklich:

„Die Pflicht des Lösers ist, die Loosung für seinen Gebrauch auszuüben, er darf nicht für Dritte loosen, mithin sein Recht weder gegen Entgeld, noch unentgeldlich an einen Andern überlassen noch die gelooste Sache einem Dritten zu überlassen die Absicht haben, und muß darüber dem Loosungspflichtigen, auf dessen Verlangen, handgelübdliche Versicherung geben."

Da nun das Wort darüber auf alle demselben vorangehenden, die Pflichten des Lösers enthaltenden Vordersätze,

Digitized by Google

jedenfalls aber auf den ihm unmittelbar vorangehenden bezogen werden muß, so folgt schon hieraus, um so gewisser aber noch aus der Verbindung des §. 16a mit §. 1a. E. und §. 17e des Loosungsgesetzes, daß der Löser seinem Gegner auch darüber handgelübdliche Versicherung geben muß, im Augenblicke nicht die Absicht zu haben, die gelooste Sache einem Dritten überhaupt, d. h. früher oder später, zu überlassen, was ihn jedoch nicht hindern kann, nach 13 Monaten über sein, alsdann unwiderrufliches Eigenthum, nach Belieben zu schalten, weßhalb auch die Pflicht zur Oblage eines solchen Handgelübdes eine unbillige Beschränkung im freien Eigenthumsgebrauch nicht enthält.

Folgt man dagegen der Auslegung des Oberhofgerichts und Bezirksamts Ladenburg, so ist nichts leichter, als die Umgehung der ausdrücklich verbietenden Vorschriften des §. 16a des Loosungsedikts und L.R.S. 1701ae, indem alsdann jeder Loosungsberechtigte auf Mehrschatz und für einen Dritten loosen kann, wenn er nur die Absicht hat, die gelooste Sache erst nach 13 Monaten einem Dritten (mit welchem er schon zur Zeit der Loosungsanzeige über die spätere Uebertragung einig ist) zu überlassen, eine Absicht, welcher er ja ohnehin in dem Zeitraum von 13 Monaten nach geschehener Loosung schon deßhalb nicht zuwider handeln darf, weil sonst sein erlangtes Loosungsrecht vom Loosungspflichtigen als widerrufen angefochten werden könnte.

O.G.Adv. v. Sofron.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Kann eine ungültige Urkunde als Anfang eines schriftlichen Beweises dienen?

Schwarz gegen Schwab.

Die Klage war auf Erfüllung eines Hausbauaccordes gerichtet, welcher am 1. Januar 1835 zwischen den Theilen zu Stand gekommen seyn sollte.

Der Beklagte widersprach die Existenz des Vertrages und schützte vor, daß er an jenem Abende, wo angeblich der Accord im Wirthshaus abgeschlossen worden, ganz berauscht gewesen sei. Eben so läugnete er seine Unterschrift in der vorgelegten Vertragsurkunde ab, und setzte dieser entgegen, daß sie nur einfach ausgefertigt, sohin nach den L.R.Sätzen 1102 und 1325 ungültig sei.

In Folge richterlicher Auflage schlug der Kläger mehrere Zeugen vor, um sowohl den wirklichen Vertragsabschluß als die Aechtheit der Unterschrift des Beklagten zu erweisen. Für die Zulässigkeit des Zeugenbeweises berief er sich sowohl auf den §. 444 der Pr. Ordn. als auf den L.R.S. 1347, indem er anführte, daß hier, obgleich der Streitgegenstand über 75 fl. betrage, der Zeugenbeweis darum zugelassen werden müsse, weil die Vertragsurkunde, sobald ihre Aechtheit erwiesen seyn werde, des Mangels der Doppelschrift ungeachtet, wenigstens als Anfang eines schriftlichen Beweises gelte.

Das Untergericht hielt diese Ansicht für richtig, erhob den angetretenen Zeugenbeweis und erkannte demnächst durch Bescheid vom 3. August v. J. den Beklagten für schuldig, den fraglichen Accord binnen bestimmter Frist zu erfüllen.

Auf eingewandte Berufung ward jedoch der Amtsbescheid durch hofgerichtliches Urtheil vom 20. Februar d. J. dahin abgeändert: daß der Klägee mit der erhobenen Klage lediglich abzuweisen sei und zwar auf den Grund:

> „daß Zeugenbeweis hier, wo es sich um ein den Betrag von 75 fl. übersteigendes Rechtsgeschäft handelt, nach L.R.S. 1341 als unzulässig erscheint, und daß die fragliche Urkunde als Anfang eines schriftlichen Beweises nicht zu gelten vermag, weil eine ungültige Urkunde ihren Inhalt selbst nicht wahrscheinlich machen kann."

Entgegengesetzte Ansicht ist Bauer, Erläuterungen Bd. III. S. 240 und 256, jedoch ohne irgend einen Grund dafür anzuführen.

Dagegen hat obige Entscheidung die Autorität Zachariä's, Handbuch des französischen Civilrechts IV. Bd. S. 389 und *Duranton's*, cours de droit français, t. 7 p. 310 Nr. 164 und p. 383 Nr. 352 für sich. Bekanntlich ist die Frage sehr controvers, Laukhard, Rechtsfälle, I. B., 1. H., S. 19.

Das hofgerichtliche Urtheil kam mit einer Majorität von vier Stimmen gegen eine zu Stand.

Bayer.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. · Nro. 33. · Karlsruhe den 13. August 1836.

I.

Bemerkungen zu dem Aufsatz über die Ausnahmen des L.R.S. 1326 in Nr. 26 I. dieses Jahrgangs der Annalen.

Der Einsender des gedachten Aufsatzes nahm aus zwei Entscheidungen, wodurch die beiden Senate des oberrheinischen Gerichtshofs in der alten Streitfrage des L.R.S. 1326 verschieden erkannt haben, den Anlaß zu einer öffentlichen Erörterung dieser Controverse. Es kann nun meine Absicht nicht seyn, seine Deduktion zu widerlegen, da ich gerade dem zweiten Senat angehöre, dessen Entscheidung von dem Einsender als die richtige, dem Gesetz entsprechende, anerkannt und dargestellt ist, und da ich selbst schon längst zu der Ansicht mich bekenne, die er in jener gelungenen Ausführung mit überwiegenden Gründen vertheidigt hat.

Allein ich finde die am Schluß der Abhandlung beigefügten Bemerkungen des Verfassers in der Weise, wie sie vorgetragen sind, nicht durchaus begründet, und seinen Vorschlag nicht ganz zweckmäßig. Er sieht eine sehr auffallende Erscheinung darin, daß in den beiden Senaten des Gerichtshofs bei der Auslegung des L.R.S. 1326 verschiedene Rechtsansichten ausgesprochen wurden. Wer die Sache genauer ins Auge faßt, und nur einigermaßen mit der organischen Einrichtung unserer Gerichtshöfe bekannt ist, wird darüber nicht staunen, sondern ein gewöhnliches, leicht erklärbares Ereigniß darin erblicken.

Die immer noch steigende Geschäftsvermehrung hat bekanntlich bei den Hofgerichten am Ober-, Mittel- und Unterrhein, welche bei größern Bezirken mit mehr Mitgliedern besetzt sind, früher oder später die Nothwendigkeit herbeigeführt, durch Abtheilung dieser Gerichtshöfe in zwei oder mehrere Senate ihnen die für den obersten Gerichtshof bereits durch die Organisation von 1809 sanctionirte Einrichtung zu geben, welche nach Einführung der neuen Proceßordnung für die bürgerliche Rechtspflege durch die Verordnung vom 21. April 1832 neuerlich bestätigt wurde.

In Folge dieses Instituts ist denn das Hofgericht des Oberrheinkreises in zwei Senate, wovon jeder beiläufig aus der Hälfte der Mitglieder gebildet ist, und der ganze Bezirk in zwei, aus bestimmten Untergerichtsbezirken bestehende Distrikte abgetheilt; jeder dieser Senate hat somit gleichsam seinen eigenen Gerichtssprengel und seinen getrennten Geschäftskreis, jeder seine ständigen, nur selten wechselnden Votanten, seine besondern Sitzungen; bloß in gewissen durch Gesetze und Verordnungen bestimmten Ausnahmsfällen, namentlich in den wichtigsten Kriminalsachen, in Preßprocessen, bei Perhorrescenzgesuchen u. s. w. versammelt sich der ganze Gerichtshof zur Berathung und Entscheidung.

Auf diese Weise bilden die beiden Senate nach ihren regelmäßigen Funktionen, und insbesondere bei der Entscheidung aller bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in der That nicht einen Gerichtshof, sondern gleichsam zwei verschiedene Kollegien, und man kann, wenn man anders auf die Sache und nicht blos auf den Namen sieht, doch gewiß mit Grund nicht behaupten, daß ihre Entscheidungen aus dem Schooße desselben Gerichtshofs hervorgehen.

Daß nun zwei Gerichte besonders über Rechtsfragen verschiedene Meinungen haben können, daß sogar ein und dasselbe Gericht nicht immer gleichförmig erkennt, mag es in einem Wechsel der Richter oder in einer wirklichen Aenderung der Rechtsansichten liegen, das beweisen die Annalen aller Gerichte, selbst jene unsers höchsten Gerichtshofs, und gerade bei der Auslegung des Code die Urtheile der französischen Gerichte mit Einschluß des Kassationshofs.

Eben so anerkannt ist die Wahrheit, daß eine völlige Gleichförmigkeit unerreichbar ist, weil kein Gesetz existirt und gegeben werden kann, welches in der Anwendung überall keiner verschiedenen Auslegung Raum ließe.

Der Laie, welchem alles dies und insbesondere die Organisation unserer Gerichtshöfe gänzlich fremd ist, wird an der Gleichförmigkeit der Rechtspflege überhaupt kein sehr großes Interesse nehmen. Jeder Andere, mithin auch jeder Freund einer gleichförmigen Rechtspflege, wird sich die, auch bei den übrigen Obergerichten vorkommende Verschiedenheit der

Digitized by Google

Senatserkenntnisse, zumal in einer nach der eigenen Darstellung des Einsenders so sehr bestrittenen, und, nach seinem eigenen Geständniß, so viele Zweifel erregenden Frage, ohne Mühe und ohne Staunen erklären; er wird etwa, wenn es ihm auf die Benennung ankömmt, den Wunsch haben, daß die einmal bestehende Abtheilung in Senate durch deutliche Bezeichnung in der Ausfertigung ihrer Beschlüsse und Urtheile sich ankündige, oder er wird sich die wichtigere Frage stellen, ob nicht etwa die Abtheilung der Gerichtshöfe nach Geschäftszweigen, z. B. in Civil- und Kriminalsenate, oder aber eine Vermehrung der Mittelgerichte mit Zutheilung kleinerer Bezirke, welche keine weitere Abtheilung nöthig machten, für die Zukunft zweckmäßig seyn dürfte.

Die Nachtheile, welche nach dem Aufsatz aus der Verschiedenheit solcher Senatsurtheile entstehen sollen, treten übrigens wohl in gleichem Maße auch bei der Abweichung der Urtheile zweier verschiedener Ober- oder Untergerichte ein, insbesondere hängt in diesem Fall der Gewinn oder Verlust eben so von dem zufälligen Umstand ab, ob der Beklagte oder der Streitgegenstand in das oder jenes Amt gehört, während doch in beiden Amtsbezirken dasselbe Gesetz herrscht.

Was den vorgeschlagenen Ausweg anbelangt, so dürfte man bei der Ausführung auf bedeutende Hindernisse stoßen, die projektirte Anordnung würde überdieß erhebliche Nachtheile in ihrem Gefolge haben, und doch keine sichere Bürgschaft für die Erreichung des Zweckes geben.

Ich setze voraus, daß der Einsender de lege ferenda spricht, denn es ist klar, daß es nicht in der Befugniß der Gerichte oder ihrer Vorstände liegt, eine in die Gerichtsverfassung und die Rechtspflege so wesentlich eingreifende Aenderung selbst einzuführen.

Zur Realisirung des Vorschlags wäre vorerst erforderlich, daß wenigstens der Präsident, der so über die Gleichförmigkeit der Erkenntnisse wachen soll, in allen Gerichtssitzungen beider Senate stets und ohne alle Ausnahme eine und dieselbe Person wäre, und daß ihm hinsichtlich aller möglichen Controversen, zu welchen unser Landrecht und unsere Proceßordnung reichen Stoff darbieten, sämmtliche zuletzt gefällte Urtheile mit allen Einzelnheiten und Nüancen der Fälle jederzeit vorschwebten, damit ihm keine Ungleichförmigkeit entgehe, und keine einzelne Partei, welche in solchem Fall auf die Plenarentscheidung ein Recht hat, durch Umgehung derselben verletzt werde; eine Anforderung, die doch wohl die Gränzen der Möglichkeit überschreiten möchte.

Es dürfte ferner bei der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in ihrer thatsächlichen Gestaltung schwierig werden, in jedem einzelnen Falle mit Sicherheit zu bestimmen, ob wirklich eine solche Collission zweier Entscheidungen vorliege. Wem sollte alsdann das wichtige Amt zustehen, die das Schicksal der Parteien entscheidende Frage zu lösen, ob das im Senat geschöpfte Urtheil verkündet, oder als collidirend vor das Plenum gebracht werden müsse? Wie leicht könnte hier eine Ungleichheit in der Behandlung der Fälle vorkommen, welche als offenbare Verletzung der Rechte der Parteien nachtheiliger wäre, als die ungleichförmige Entscheidung der Rechtsfrage selbst.

Wenn aber auch eine Streitfrage gegen die Ansicht des einen Senats durch ein solches Plenarurtheil für den gegebenen Fall entschieden wäre, so könnte dieß, wie sich von selbst versteht, in künftigen Fällen die einzelnen Richter nicht binden, welche bei jeder Berathung und Abstimmung nur ihre eigene Rechtsüberzeugung auszusprechen haben. Da nun, wie ich unterstellen muß, jedes Mitglied eines Gerichtshofs auch über die Controversen unserer Gesetzgebung durch wissenschaftliche Forschung und reife Erwägung der für und gegen sprechenden Gründe sich eine feste Ansicht erworben haben wird, die es ohne hinreichende Ueberzeugung nicht aufgeben dürfte, so würden diejenigen Richter, gegen deren Stimme das Plenum erkannt hat, beim nächsten im Senat vorkommenden Fall wohl in der Regel wieder nach ihrer frühern Ansicht stimmen, und so würde bei der Menge der Controversen, von welchen manche oft wiederkehren, mit großer Zeitverschwendung sehr häufig derselbe Akt sich wiederholen.

Demungeachtet ließe sich eine conforme Entscheidung nicht immer erwarten, weil gerade bei solcher Theilung der Stimmen das Resultat oft von einer einzigen Stimme abhängt, folglich bei legaler Abwesenheit oder Verhinderung eines oder des andern Stimmführers leicht verschieden sich gestalten kann.

Ich kann daher der Ansicht des Proponenten nicht beitreten, so sehr ich auch den Wunsch einer möglichst gleichförmigen Rechtspflege mit ihm theile, und das Streben darnach, so weit es ohne Zwang gegen die Rechtsüberzeugung der einzelnen Richter Statt haben kann, für lobenswerth halte.

Das Bedürfniß solcher Uebereinstimmung, zumal in den Entscheidungen mehrerer Senate desselben Gerichtshofs, ist wohl allenthalben längst gefühlt worden, und man hat schon manche Maßregel in diesem Sinne versucht.

Aeltere und neuere Verordnungen suchten durch das Besprechen der Streitfragen in Plenarsitzungen, durch häufigen Wechsel in der Zutheilung der Votanten zwischen den verschiedenen Senaten, durch abwechselndes Anwohnen und Abstimmen eines Mitgliedes des einen Senats in den Sitzungen des andern u. s. w. darauf hinzuwirken, und in

Digitized by Google

Gemäßheit einer höchsten Entschließung aus Großherzogl. Staatsministerium vom 31. Juli 1833 Nr. 1974 hat das Großherzogl. Justizministerium unterm 13. Sept. 1833 Nr. 4963 an das Großherzogl. Oberhofgericht und sämmtliche Hofgerichte einen Beschluß erlassen, wornach überall, wo solche Verschiedenheiten in den Entscheidungen der Senate bemerkbar werden, welche die Rechtssicherheit gefährden, eine Berathung des vollen Gerichtshofs veranlaßt werden kann, um über zweifelhafte Fragen in ihrer allgemeinen Beziehung entweder eine Vereinigung zu erzielen, oder, wo diese nicht möglich ist, eine authentische Interpretation in Antrag zu bringen; zugleich wurden die Gerichtsvorstände insbesondere angewiesen, in solchen Fällen das Beurkundungsprotokoll über die Abstimmung mit gutachtlichem Antrag auf eine Verbesserung oder authentische Erläuterung des Gesetzes berichtlich einzusenden. Derselbe Beschluß spricht — gerade gegen den oben geprüften Vorschlag — den Grundsatz aus, daß in einer einzelnen Rechtssache bei einem entstehenden Zweifel, betreffe er auch nur eine Competenz- oder sonst formelle Frage, in dem für die Aburtheilung des Falls constituirten Gerichte keine Abänderung getroffen, und an die Stelle des Senats nicht das Plenum gesetzt werden könne.

Es fehlt uns daher nicht an umfassenden und durchgreifenden Bestimmungen für den Fall, wenn in der That eine Besorgniß erregende Meinungsverschiedenheit vorkömmt.

Woll.

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Findet der §. 53 des dritten Constitutionsedikts von 1807 keine Anwendung auf die reichsschlußmäßigen Sustentationen der geistlichen Regenten?

Fürst zu Salm gegen den großherzoglichen Fiskus.

Der Artikel 59 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 bestimmt wörtlich:

„In Ansehung der sämmtlichen bisherigen geistlichen Regenten, auch Reichsstädte und unmittelbaren Körperschaften, Hofgeistlichen und weltlichen Dienerschaft, Militär und Pensionisten, in so fern der abgehende Regent solche nicht in seinem persönlichen Dienste behält, so wie der Kreisdiener, da wo mit den Kreisen eine Veränderung vorgehen sollte, wird diesen allen der unabgekürzte lebenslängliche Fortgenuß ihres bisherigen Ranges, ganzen Gehalts und rechtmäßiger Emolumente, oder wo diese wegfallen, eine dafür zu regulirende Vergütung unter der Bedingniß gelassen, daß sie sich dafür nach Gutfinden des neuen Landesherrn und nach Maßgabe ihrer Talente und Kenntnisse auch an einem andern Orte, und in anderen Dienstverhältnissen gebrauchen und anstellen lassen müssen; jedoch ist solchen Dienern, welche in einer Provinz ansäßig sind, und in eine andere gegen ihren Willen übersetzt werden sollen, freizustellen, ob sie nicht lieber in Pension gesetzt werden wollen. In diesem letzteren Falle ist einem 15jährigen Diener sein voller Gehalt mit Emolumenten, einem 10jährigen ⅔ und denen, die noch nicht volle 10 Jahre dienten, die Hälfte als Pension zu belassen. Den wirklichen Pensionisten sind, falls nicht etwa neuerlich hie und da Mißbräuche untergelaufen wären, ihre Pensionen fortzubezahlen. Sollte der neue Landesherr einen oder den andern Diener gar nicht in Diensten zu behalten gedenken, so verbleibt demselben seine genossene Besoldung lebenslänglich. Sollten hingegen seit dem 24. August 1802 neue Pensionen oder Besoldungserhöhungen verwilligt oder ganz neue Besoldungen gemacht worden seyn, so bleibt es billig dem neuen Landesherrn überlassen, ob er solche Verwilligungen den Grundsätzen der Billigkeit und einer guten Staatsverwaltung angemessen findet."

Das Nämliche gilt nach Art. 61 eben da, auch von den Mitgliedern und Dienerschaften der Mediatstifter, Abteien und Klöster in den zu secularisirenden Landen. Der Art. 66 verfügt aber noch weiter:

„Um nun auch den Unterhalt dieser großen Menge höherer und anderer unschuldiger Personen auf möglichste Art sicher zu stellen, haben die neuen Landesherren alle solche Sustentationsgelder auf ihre nächsten Recepturen anzuweisen und als solche, welche das privilegirteste Unterpfand auf die Landeseinkünfte haben, jederzeit vierteljährig in guten Münzsorten nach dem 24 Guldenfuß unverzüglich abführen zu lassen, daher auch ihren Gerichten keine Arrestanlegungen auf diese Alimentationsgelder zu gestatten."

In Folge dieses Reichsschlusses erhielt der Kurfürst von Pfalzbaiern für die Rheinpfalz, Zweibrücken u. s. w., unter anderen das Bisthum Würzburg, mit einigen Ausnahmen, zur Entschädigung. Der Fürst von Leiningen dagegen wurde, wie bereits aus dem Rechtsstreite wegen der Erbhuldigungsgelder ad 26,878 fl. 22 kr. bekannt, unter anderen mit den von Würzburg getrennten Aemtern Grünsfeld, Lauda u. s. w., so wie mit den Abteien Gerlachsheim und Amorbach entschädigt. Das gräfliche Haus Salm endlich bekam für seine durch den Lüneviller Frieden mit dem linken Rheinufer an Frankreich abgetretene Reichsgrafschaft Reifferscheid das mainzische Amt Krautheim mit den Gerichtsbarkeitsrechten der Abtei Schönthal in besagtem Amte und

Digitized by Google

überdies eine beständige auf Amorbach ruhende Rente von 32,000 fl., als Surrogat. Gegen Verzichtleistung auf diese Rente trat dann Leiningen mittelst Vertrags das Amt Grünsfeld, den zum vormaligen Amte Lauda gehörigen Ort Distelhausen und die Abtei Gerlachsheim an Salm-Krautheim ab.

Nachdem der Herr Graf zu Salm mittlerweile gefürstet worden war, kam zwischen dem Fürstenthum Salm-Krautheim und dem Churstaate Baiern unterm 6. März 1804 ein Staatsvertrag zu Stande, dessen Art. IV dahin lautet:

„An der reichsschlußmäßigen Sustentation des abgetretenen Herrn Fürstbischofs von Würzburg, an dem Pensionen- und Salarienetat der sämmtlichen Kreis-, Staats-, Hof- und Civildienerschaft und des Militärs, wie er zur Zeit der Civilbesitznahme des Fürstenthums Würzburg bestanden hat, trägt das Haus Salm-Reiffetscheid nach Maßgabe der Kammereinkünfte der von dem Fürstenthum Würzburg an dasselbe gekommenen Theile die verhältnißmäßigen Raten; um jedoch die hier nothwendig werdenden Berechnungen zu umgehen, so ist die Uebereinkunft getroffen worden, daß der Herr Fürst von Salm jährlich das Aversum von 11,000 fl., welches vom 1. Dez. 1802 seinen Anfang nimmt, an die churfürstliche Provincialkasse baar entrichte, so, daß gedachtes Quantum jährlich um 1/11 sich vermindert, die ganze Verbindlichkeit nach 25 Jahren erlöscht und am 1. Dezember 1827 die letzte Zahlung geschieht. Statt dieser Zahlungsweise kann fürstlicherseits 25 Jahre hindurch, vom 1. Dezember 1802 an jährlich die gleiche Rate von 5720 fl. rhein. entrichtet werden."

Es erfolgte jedoch einstweilen keine Zahlung. Zufolge Art. 24 der Rheinbundesakte vom 12. Juli 1806 fiel das Fürstenthum Salm-Krautheim theils unter würtembergische theils unter badische Oberhoheit. Der Art. 32 dieser Akte verfügte:

„Les individus employés dans l'administration publique des principautés, comtés ou seigneuries qui doivent, en vertu du présent traité, passer sous la souveraineté de l'un des Etats confédérés, et que Souverain ne jugeroit pas à propos de conserver dans leurs emplois, jouiront d'une pension de retraite égale à celle que les lois ou réglements de l'Etat accordent aux officiers du même grade."

Bei der im Jahr 1807 zwischen den Souveränen und Standesherren Statt gehabten Schulden- und Lastenabtheilung waren sämmtliche Jahresbeiträge, welche Salm-Krautheim in Gemäßheit des Staatsvertrags vom 6. März 1804 an Baiern entrichten sollte, von 1802 anfangend, noch im Rückstande. Deßhalb wurde durch Vermittlung der großherzoglichen Hofkommission mit dem damals eingetretenen Großherzogthum Würzburg eine abändernde Uebereinkunft dahin abgeschlossen:

daß die Jahreszahlungen ad 5720 fl. erst mit dem 1. Dezember 1808 auf 25 Jahre hindurch zu laufen anfangen sollten, so daß der letzte Termin mit dem 1. Dez. 1833 fällig werde.

Von dieser Summe hat aber die großherzogliche Hofkommission für Militärsustentation jährlich 323 fl. 6 kr. auf das Land übernommen, dagegen den Rest ad 5396 fl. 54 kr. jährlichen Beitrags als eine Kammerlast zur Vertheilung gebracht und davon der Staatskasse 503 fl. 11 kr. zugeschieden, welche sonach im Ganzen die Summe von jährlichen 826 fl. 17 kr. vertrat, und der fürstlichen Standesherrschaft den Abtrag von jährlichen 4893 fl. 13 kr. an die Krone Baiern überlies; weil der §. 53 des III. Constitutionsedikts vom 22. Juli 1807, die Standesherrlichkeitsverfassung in dem Großherzogthum Baden betreffend, namentlich verordnet: daß die Mitglieder und Diener aufgehobener geistlicher Corporationen zwischen dem Souverain und dem Standesherrn nach Verhältniß des Kammereinkommens, welches jenem zufällt, gegen dasjenige, was diesem bleibt, zu fernerer Pensionirung getheilt werden sollen.

In dem hofgerichtlichen Ordnungsbescheide, welcher in dem fürstlich Salmschen Concurse unterm 21. April 1815 erlassen ward, ist in II. Ordnung locirt:

a) der rückständige Beitrag zur Sustentation der ehemals fürstl. Würzburg'schen Dienerschaft an Kapital mit 24,912 fl. 38 kr. sammt Zinsen zu 5 pCt. vom 1. Dez. 1811 an, so wie die bis zum Schlusse des Jahres 1827 für die Zukunft noch zu leistenden Beiträge mit jährlich 5216 fl. 49 kr.;

b) der Beitrag zur Sustentation der vormals mainzischen Dienerschaft mit 2615 fl. 14 kr. vom 2. Sept. 1811 an jährlich bis zum Jahr 1825, jedoch mit einer jährlichen Minderung von 1/20 nach Abzug des bisher hieran gezahlten.

Bis hieher sollte es scheinen, daß alles, was die Würzburger und Mainzer Civildienersustentationen betrifft, schon längst endgültig erledigt sei. Es ist aber nicht an dem. Der Art. 14 der deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815, welcher von den Rechtsverhältnissen der im Jahr 1806 und seitdem mittelbar gewordenen ehemaligen Reichsstände und Reichsangehörigen handelt und ausdrücklich festsetzt:

„daß bei der nähern Bestimmung der angeführten Befugnisse sowohl, wie überhaupt und in allen übrigen Punkten, zur weiteren Begründung und Feststellung eines, in allen deutschen Bundesstaaten übereinstimmenden Rechtszustandes der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herren, die in dem Betreff erlassene königlich baierische Verordnung vom Jahr 1807 als Basis und Norm unterlegt werden soll" —

gab Anlaß zu neuen Reklamationen des fürstlichen Hauses Salm-Krautheim, welche zur Folge hatten, daß dem §. 36 der höchsten Declaration vom 6. Okt. 1825, die Feststellung der staatsrechtlichen Verhältnisse des fürstlichen Hauses Salm-Krautheim betreffend (Regsbl. Nr. XXV), der Zusatz beigefügt ward:

„Wenn daher die fürstliche Standesherrschaft ausweisen kann, daß noch Besoldungen, Pensionen oder Sustentationsgehalte auf ihrer Kasse haften, welche derselben mit der ihr, bei ihrer Mediatisirung überlassenen Gerichtsbarkeit als Jurisdictionslasten zugewiesen worden sind, so werden diese, von dem Zeitpunkt der ihr durch das Edikt vom 14. Mai 1813 entzogenen Gerichtsbarkeit an zu rechnen, ab- und auf die Staatskasse übernommen."

(Fortsetzung folgt.)

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 34. Karlsruhe den 20. August 1836.

I.

Hofgericht am Unterrhein.

Findet der §. 53 des dritten Constitutionsedikts von 1807 keine Anwendung auf die reichsschlußmäßigen Sustentationen der geistlichen Regenten?

(Fortsetzung).

Die fürstliche Standesherrschaft glaubte indessen, daß ihr von dem Zeitpunkte an, wo ihr in Folge der Mediatisirung alle Landeshoheitsrechte, so wie die oberste Jurisdictionsgewalt entzogen wurden, unter keinem Titel mehr ferner die Bezahlung der mit der Oberhoheit chargirt gewesenen Staatsdiener, so wie deßfallsiger Pensionäre obliegen konnte, indem mit den Rechten und Nutzungen auch nothwendig die damit verbundenen Lasten auf den höchsten Souverain übergegangen seien.

Da sie jedoch mit ihren deßfallsigen Ersatzansprüchen von den obersten Staatsbehörden zurückgewiesen worden, so erhob sie im Oktober 1833 gegen den großherzoglichen Fiskus eine Klage, zu deren materiellen Begründung sie vortrug:

1) Die Würzburgischen Staatsdiener, von deren verhältnißmäßiger Sustentation es sich hier handle, seien sämmtlich Centraldiener des vorherigen Fürstenthums Würzburg gewesen, welche, mit Ausnahme der wenigen Hof- und Kammeraldiener (die man höchstens nur auf 1/6 des Ganzen anschlagen könne), lediglich mit Ausübung der höhern Landeshoheits-, Souverainetäts- und Jurisdictionsrechte beschäftigt gewesen seien, was auch selbst von Seiten des großherzoglichen Finanzministeriums bis jetzt gar nicht in Zweifel gezogen worden sei. Nun werde klagenderseits behauptet: daß diese eigentliche Landeshoheitsdiener schon bei der eingetretenen Mediatisirung gänzlich auf den höchsten Souverain hätten übergehen sollen, denn mit dem Verluste der Souverainetäts- und obersten Landesherrlichkeitsrechte sei auch die Verpflichtung zur Zahlung der mit Ausübung dieser Rechte chargirten Diener und Pensionäre nothwendig und unzertrennlich verbunden gewesen. So wie sich dieser Grundsatz schon ganz aus der Natur der Sache und aus der ganzen, der Mediatisirung zum Grunde liegenden Tendenz ergebe: die Standesherren nur auf Ausübung ihrer Patrimonialrechte und dann auf die Ausübung der niederen und mittleren Gerichtsbarkeit zu beschränken, so sei die Uebernahme der fraglichen Lasten überdieß schon im Art. 32 der Rheinbundesakte klar ausgesprochen. Auf gleiche Weise spreche sich die bekanntlich nach Art. 14 der Wiener Bundesakte als für alle deutsche Bundesstaaten normirendes Gesetz sanktionirte königl. baierische Declaration von 1807 über diesen Punkt gleich günstig aus, wo es unter lit. k Absatz 4 wörtlich heiße:

> „Diejenigen Individuen, welche zu der Verwaltung der Rechte und Einkünfte angestellt waren, die an den Souverain übergehen, als ꝛc. ꝛc. werden von diesem besoldet oder pensionirt. Die Besoldungen und Pensionen derjenigen Staatsdiener, welche für die Administration des Ganzen angestellt und insbesondere auf die Steuerkasse angewiesen waren, fallen dem Souverain zur Last, wenn diese nicht von dem Mediatisirten nach dem Art. 3 für seinen Dienst verwendet worden."

Nun seien aber jene Staatsdiener, von deren Sustentation es sich hier handle, durchgehends nur Centraldiener des ersten Ranges gewesen (denn die Lokaldiener seien ohnehin schon mit dem Land auf den neuen Besitzer übergegangen). Es werde daher die vorhin angeführte Gesetzesstelle, mit welcher auch der Art. 52 des dritten Constitutionsedikts im Wesentlichen übereinstimme, um so mehr hier ihre volle Anwendung finden, als dergleichen Sustentationsgelder schon nach dem Reichsdeputationshauptschluß von 1803 §. 66 mit dem privilegirtesten Unterpfandsrecht ausdrücklich auf die Landeseinkünfte radicirt und dabei den neuen Landesherrn zur ausdrücklichen Pflicht gemacht worden, derlei Zahlungen auf ihre nächsten Recepturen anzuweisen. Wenn daher die fürstliche Standesherrschaft diese Sustentationsgelder sämmtlich aus eigenen Mitteln bestritten habe, so werde ihr der Rückersatz aus der großherzoglichen Staatskasse mit wenig-

Digitized by Google

stens $^{4}/_{5}$ dieser Beiträge von Rechtswegen gebühren, welcher Ersatz sich auf die Summe von 119,166 fl. 40 kr. Kapital sammt Zinsen vom Tage der baaren Vorlage bis zum Tage der Rückzahlung zu 5 pCt. vorläufig mit 49,650 fl. 7 kr. mithin im Ganzen auf 168,817 fl. 47 kr. berechne.

2) Ein eben so sehr in der Natur der Sache liegender und durch die königlich baierische Declaration klar ausgesprochener Grundsatz bestehe darin: daß die Sustentation derjenigen Diener und Pensionäre, deren Zahlung bei eingetretener Mediatisirung auf der Steuer- oder Landeskasse geruht hatte, alsbald auf die Souverainetätskasse übergehen sollte; nun habe aber der damals regierende Herr Fürst Franz Wilhelm zu Salm-Krautheim schon lange vor der Mediatisirung, und gewiß berechtigt durch den §. 66 des Reichsdeputationshauptschlusses, ohne den mindesten Widerspruch der Unterthanen die Verfügung erlassen, daß $^{2}/_{3}$ der Gesammtsustentationslast ad 5720 fl. mit 3813 fl. 20 kr. aus der Landeskasse und $^{1}/_{3}$ mit 1906 fl. 40 kr. aus der Kammerkasse bezahlt werden sollten. Jedenfalls hätte daher der eingetretene höchste Souverain diesen faktischen Rechtszustand respektiren und wenigstens nur $^{2}/_{3}$ dieser Lasten, welche doch in der That mit der Ausübung der Souverainetätsrechte und der obersten Jurisdictionsgewalt in der engsten Verbindung gestanden, auf die Staatskasse vorzugsweis übernehmen sollen. In dieser Voraussetzung würde sich die Ersatzforderung für die ganze Periode der Jahresbeiträge vom 1. Dez. 1807 bis den 1. Dez. 1832 auf die Summe von 95,333 fl. 20 kr. belaufen, sammt Zinsen vom Tag der Vorlage mit 39,720 fl. 13 kr., und es würde darum nur das verbleibende $^{1}/_{3}$ ad 1906 fl. 40 kr. jährlich Gegenstand der Kammerallastenabtheilung verbleiben.

3) Aber auch angenommen, es ließen sich die Grundsätze zu 1 und 2 nicht rechtfertigen, so würde bei der Vertheilung der vorliegenden Last doch jedenfalls vorzügliche Rücksicht auf den Rechtszustand derjenigen Individuen zu nehmen seyn, um deren Sustentation es sich hier gehandelt und deren vorzugsweise Befriedigung selbst das großherzogliche Hofgericht schon in dem Locationsurtheil von 1815 in zweite Klasse angeordnet habe.

Nach diesen Grundsätzen sei, wie es der §. 66 des Reichsdeputationshauptschlusses mit sich bringe, zu Gunsten des fürstlichen Hauses Leiningen verfahren worden. Nun sage aber der §. 58 der höchsten Declaration von 1825: daß, wenn nachgewiesen werden könnte, es seien bei der fürstlich Salmschen Schuldenabtheilung Grundsätze, welche bei anderen Standesherrschaften in Anwendung gekommen, außer Acht geblieben, ungesäumte Untersuchung und Abhülfe geleistet werden solle.

4) Der letzte Klaggrund beruhe auf dem §. 36 der oben gedachten Declaration und auf dem bekannten Edikte vom 15. Mai 1813, wornach alle Jurisdictionsgewalt mit Vortheil und Lasten vom Staate eingezogen worden sei. Der klagende Theil sei hiernach berechtigt, wenigstens den Rückersatz derjenigen Beiträge zu verlangen, welche er seit dem Mai 1813 noch weiter ohne allen Rechtsgrund auf Rechnung der Staatskasse mit $^{5}/_{6}$ vorgeschossen und bezahlt habe, und welche sich auf die Summe von 90,566 fl. 40 kr. Kapital und auf 37,736 fl. 6 kr. Zinsen, mithin im Ganzen auf 128,302 fl. 46 kr. belaufen.

Was bisher von den Würzburger Sustentationsbeiträgen erörtert worden, soll in seiner ganzen Ausdehnung auch die vollste Anwendung auf die Mainzer Beiträge finden, welche nach dem Staatsvertrag vom 3. November 1806 zur Zeit der Uebernahme jährlich 3052 fl. 59 kr. betragen, jedoch sich auf die Dauer von 20 Jahren jedes Jahr um $^{1}/_{20}$ vermindern sollten.

Es werden daher zum ersten Klaggrund 23,621 fl. 5 kr. Kapital und 23,226 fl. 47 kr. Zinsen, mithin im Ganzen 46,847 fl. 52 kr., zum zweiten Klaggrund 36,249 fl. 55 kr. für Kapital und Zinsen, zum vierten Klaggrund 19,913 fl. 58 kr. an Kapital und Zinsen gefordert. (Ein Ansatz zum dritten Klaggrund kommt nicht vor).

Im Allgemeinen wurde noch bemerkt: Als im Jahr 1825 die staatsrechtlichen Verhältnisse der fürstlichen Standesherrschaft im Weg der Uebereinkunft regulirt werden sollten, habe der Rückersatz der fraglichen Sustentationsbeiträge mitunter einen Hauptgegenstand der Unterhandlung gebildet. Man habe dem damaligen Regierungskommissär vorgestellt, daß, nachdem der Standesherrschaft die Landeshoheit und die Jurisdiktionsgewalt jeder Art unbedingt entzogen worden sei, derselben auch unter keinem Vorwand ferner eine Verbindlichkeit zur Zahlung deßfallsiger Diener oder Pensionäre aufgebürdet werden könne. Man habe diesen Grundsatz dem Recht und der Billigkeit vollkommen angemessen gefunden und so sei in der Absicht, diesem Antrage zu entsprechen, und in vollem guten Glauben, von Seiten der fürstlichen Standesherrschaft der Art. 36 der Uebereinkunft von 1825 von dem großherzoglichen Regierungskommissäre, nach vorgängiger Berathung im großherzoglichen Staatsministerium, abgefaßt, vorgeschlagen und fürstlicherseits acceptirt worden ꝛc. ꝛc.

An den nach dem einen oder anderen Klagantrag heraus zu zahlenden Summen soll übrigens die großherzogliche Staatskasse dasjenige in Aufrechnung und Abzug zu bringen befugt seyn, was der Staat seit 1807 bereits wirklich schon übernommen hatte.

Hierauf ließ sich der großherzogliche Fiskus im Wesentlichen dahin vernehmen:

ad 1. Die fraglichen Sustentationen seien von den Fürsten, welche in Folge des Reichsdeputationshauptschlusses

Digitized by Google

in die Würzburger und Mainzer Lande sich theilten, auf ihre Kammerrevenüen übernommen worden. Dieser Umstand und die klare Vorschrift des §. 53 des dritten Constitutionsedikts machten jede weitere Rechtfertigung überflüssig, warum die erwähnten Sustentationen bei der Mediatisirung des Herrn Fürsten von Salm-Krautheim im Jahr 1807 zwischen der großherzoglichen Staatskasse und dem Herrn Fürsten (nach Ausscheidung der Militärsustentationen), lediglich nach Verhältniß des beiderseitigen Antheils an den Kammerrevenüen abgetheilt habe. Zudem gehe der Ungrund der Klage schon aus dem Art. 4 des vom Gegentheil vorgelegten Staatsvertrags vom 6. März 1804 hervor, wodurch der Herr Fürst die Sustentationen als Kammerallast anerkannt habe; sie seien unter die Kontrahenten nach Verhältniß ihrer Kamerrevenüen vertheilt worden; ohnehin seien die Kammeraleinkünfte zunächst zur Bestreitung der Landesbedürfnisse bestimmt und die Unterthanen nur subsidiär zu Steuern verpflichtet gewesen. Bei der Mediatisirung sei somit die fragliche Last als auf den Kammergütern haftend vorgefunden worden, und es sei daher überall kein Grund vorhanden gewesen, sie auf die Unterthanen zu wälzen, viel weniger sie im Jahr 1813 als Jurisdictionslast zu behandeln. Wie überhaupt die Gegenpartei dazu komme, die fraglichen Sustentationen hauptsächlich als Jurisdictionslast darzustellen, sei nicht einzusehen. Da der Herr Fürst die Lokalbeamten behalten, auch eine Justizkanzlei gehabt habe, wohin er Diener in Natura übernehmen konnte, so würden in der That wenig Pensionen von Justizbeamten in Frage stehen. Man widerspreche, daß großherzogliches Finanzministerium je etwas von den gegentheiligen Behauptungen: als seien lediglich mit Ausübung der höheren Souverainetäts- und Jurisdictionsrechte beschäftigt gewesene Centraldiener in Frage, eingeräumt habe; man widerspreche ferner: daß im höchsten Falle nur ⅓ Hof- und Kammeraldiener darunter begriffen seien. An dem Herrn Kläger wäre es gewesen, die einzelnen Diener, von deren Sustentation es sich hier handle, speciell aufzuzählen, statt so unbestimmte und unbelegte Behauptungen, worauf eine bestimmte Einlassung unmöglich sei, vorzutragen.

Nur das dritte Constitutionsedikt sei die Rechtsquelle, nicht aber die königl. baierische Declaration von 1807 oder ein sonstiges Gesetz, wornach die Verhältnisse des Herrn Klägers beurtheilt werden dürfen. Uebrigens gestatte keines der vom Gegentheil angeführten Gesetze, daß eine Last, welche der Staudesherr einmal gültig auf die Kammerrevenüen übernommen habe, demungeachtet von dem neuen Landesherrn getragen werden müsse. Der Art. 32 der rheinischen Bundesakte handle lediglich von den Dienern der mediatisirten Fürsten, welche bei der Mediatisirung noch activ gewesen, gehöre somit gar nicht hieher, wo von einer Last die Rede sei, welche bei der Mediatisirung schon auf den Kammergütern geruht habe. Dasselbe gelte von der königl. baierischen Declaration lit. k Nr. 4, indem darin dem Souverain ausdrücklich nur solche Besoldungen und Pensionen zugeschieden werden, welche für die Administration des Ganzen angestellt und insbesondere auf die Steuerkasse angewiesen waren. Unbegreiflich sei es, wie der Gegentheil sich zur Rechtfertigung seiner Behauptungen auf §. 52 des dritten Constitutionsedikts berufen könne, wo einmal auch nur von den bei der Mediatisirung vorgefundenen Aktivdienern die Rede sei, und zum Andern die fraglichen Sustentationen jedenfalls nur unter die Schlußbestimmung des Paragraphen subsummirt werden könnten, welche laute:

> „die übrigen, für die Administration des Ganzen angestellten Diener werden, so weit sie zur Verwaltung der dem Standesherrn bleibenden Rechte und Einkünfte überflüssig sind, nach Verhältniß des Kammereinkommens ꝛc. ꝛc. getheilt."

Nur der §. 53 dieses Edikts entscheide unsern Fall, und somit sei es auch überflüssig, zu untersuchen, was der Reichsdeputationshauptschluß hierher etwa Bezügliches enthalte. Dessen Bestimmungen habe der Herr Fürst mit den übrigen Kontrahenten in dem mehr erwähnten Vertrage von 1804 vollzogen und die fraglichen Sustentationen nach den Kammereinkünften vertheilt. Nirgends bestimme übrigens der Reichsdeputationsreceß, daß diese Sustentationen auf die Steuern zu übernehmen seien. Im Gegentheil, der §. 66 erwähne der nächsten Recepturen, worunter wohl in der Regel Kammerkassen zu verstehen seyn dürften. Er bezeichne die Landeseinkünfte als Unterpfand; hätte man dabei auch an die Steuern gedacht, so müsse bemerkt werden, daß das Unterpfand auf die Qualität der Schuld keinen Einfluß habe. Nach §. 67 sollen die Revenüen, worunter die Steuern auch kaum zu verstehen seien, in Beschlag genommen werden. Vergleiche man aber, und dies sei der Hauptgrund, die §§. 34 u. ff., wornach die Stifts- und Tafelgüter der säcularisirten Stifter, so wie die Besitzungen der Domkapitel den entschädigten Fürsten als Kammergüter zugewiesen werden; sodann den §. 68, worin die Sustentationen der geistlichen und weltlichen Diener auf die Gefälle und Güter der Domkapitel und Korporationen zugeschieden und das Nähere der Uebereinkunft der entschädigten Fürsten überlassen werde; erwäge man, daß hierauf der Herr Fürst den Vertrag von 1804 abgeschlossen, so werde man nicht verkennen, daß der Gegentheil auch in seiner Berufung auf den Reichsdeputationsreceß sehr unglücklich gewesen sei

Digitized by Google

ad 2. Dem Beklagten sei nicht bekannt, ob der Herr Fürst wirklich die Anordnung getroffen habe, daß $^2/_3$ der Sustentationen aus der Landeskasse und $^1/_3$ aus der Kammeralkasse bezahlt werden sollen. Dies sei aber auch ganz irrelevant, denn von seiner Willkühr sei es nicht abgehangen, eine Kammerlast ohne Weiteres auf die Steuern zu legen; habe er daher die angegebene Verfügung getroffen, so habe er etwas Unbefugtes, für seine Unterthanen und den Regierungsnachfolger Unverbindliches verfügt. Nicht die königl. baierische Declaration, sondern der §. 53 des dritten Constitutionsedikts komme hier zur Anwendung.

ad 3. Diesen Punkt unterstellt der Beklagte lediglich der richterlichen Beurtheilung. Da der fürstlichen Standesherrschaft im §. 58 der Declaration von 1825 nur dann eine Remedur zugesichert sei, wenn sie nachweise, daß in dem dritten Constitutionsedikte vorgezeichnete und bei anderen Standesherrschaften in Anwendung gekommene Grundsätze nicht beachtet worden seien; im vorliegenden Falle aber nur den Grundsätzen des gedachten Edikts gemäß gehandelt worden, so sei es hier ganz gleichgültig, welchen besonderen Rücksichten die großherzogliche Regierung bei der Standesherrschaft Leiningen Raum gegeben habe.

ad 4. Im Jahr 1807 und 1808 habe der Herr Fürst bereits um Abnahme der Jurisdiction gebeten, und jedenfalls dafür, daß man ihm eine wirkliche Last abgenommen, durch die in den §§. 25, 26, 31 und 53 der Declaration von 1825 eingeräumten Vortheile eine mehr als hinreichende Entschädigung erhalten.

Hinsichtlich der Mainzer Sustentationen verlangt der Beklagte die Vorlage des Vertrags vom 3. Nov. 1806 und bemerkt vorläufig, daß nach den bei den Hofkommissionsakten befindlichen Punktationen, welche im Wesentlichen in den gedachten Vertrag übergegangen seyn sollen, die Mainzer Sustentationen gleichfalls ausdrücklich auf die Kammerrevenüen übernommen worden seien. Sie hätten vom 1. Januar 1803 zu laufen angefangen, jährlich 3512 fl. 20 kr. betragen, und sich jährlich um $^1/_{20}$ gemindert. Hieran seien am 30. Juni 1807, dem Tage des Vollzugs der Mediatisation, nur 3306 fl. 7 kr. 3 Heller bezahlt, somit 3125 fl. 28 kr. 1 Heller noch rückständig gewesen. Später habe man übrigens gefunden, daß der Rückstand einige Hundert Gulden mehr betragen, weßhalb der Antheil der großherzoglichen Staatskasse an diesem Rückstande auf 130 fl. 39 kr. erhöht worden sei. An der fernerhin zu zahlenden jährlichen Summe seien dem großherzoglichen Fiskus 294 fl. 38 kr. zugeschieden worden, welche jedoch jährlich um 16 fl. 22 kr. abgenommen hätten. Auf alles dies nehme der Herr Kläger keine Rücksicht, er fordere noch die 20jährigen Sustentationen, während doch nur im besten Falle $17^1/_2$jährige gefordert werden könnten, auch ziehe er die bereits auf die Staatskasse übernommene Rata nicht ab. Endlich würde aber auch die Krone Würtemberg an den Mainzer Sustentationen zu participiren haben ꝛc. ꝛc. Was der Bevollmächtigte des Herrn Klägers bei den mündlichen Verhandlungen vor Erlassung der Declaration vom 6. Oktober 1825 geäußert oder nicht geäußert habe, welches seine Intention hinsichtlich des vorliegenden Streitgegenstandes gewesen, darauf komme es nicht an. Bekanntlich entscheide unter der im L.R.S. 1156a enthaltenen Beschränkung nur die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen. Nur der Inhalt des Vertrags, ohne Rücksicht auf etwa vorausgegangene Aeußerungen, sei von dem Regenten durch die höchste Declaration von 1825 bestätigt worden.

Indem der Beklagte die Richtigkeit der einzelnen Forderungsposten widerspricht, bedient er sich noch folgender Schutzreden:

a) daß die Mediatisirung unter Mitwirkung der fürstlichen Behörden vollzogen, von ihnen sowohl als dem Herrn Fürsten selbst im Allgemeinen und insbesondere die Uebernahme dieser hier streitigen Last auf die Kammereinkünfte gutgeheißen und zwar an 20 Jahre hindurch von ihnen dieses Anerkenntniß ausdrücklich und stillschweigend zu erkennen gegeben worden sei. In einem Protokoll vom 14. August 1807 sei dieses Anerkenntniß ausgesprochen und in der Declaration deßfalls keine Beschwerde vorbehalten. Ausdrücklich spreche der Art. 58 nur von der Schuldenabtheilung, worunter laufende Besoldungen und Pensionen nicht wohl einbegriffen werden könnten.

b) Der Herr Kläger müsse beweisen, daß er und wie viel er an den fraglichen Sustentationen bezahlt habe.

c) Die Annahme, daß die Hof- und Kammeraldienersustentationen nur $^1/_6$ vom Ganzen ausmachen, sei rein willkührlich und von dem Herrn Kläger zu erweisen.

d) Der Herr Kläger fordere Zinsen. Aus welchem Rechtsgrund? Der großherzogliche Fiskus sei erst durch die vorliegende Klage in Verzug gesetzt worden. Jedenfalls seien alle ältereu als fünfjährigen Zinsen verjährt.

Das Petitum geht auf Abweisung der Klage.

Mit der Replik wurde, um die Sachlegitimation nachzuweisen, eine sogenannte, vom königlichen Staatsministerium der Finanzen ausgefertigte Cessionsurkunde, datirt, München den 4. Mai 1825, in unbeglaubter Abschrift vorgelegt, welche besagt, daß die Krone Baiern vermöge Vergleichs mit dem Herrn Fürsten zu Salm-Krautheim theils durch Zahlung, theils durch Abtretung von Realitäten ihre Befriedigung erhalten habe; weßhalb nun Kraft dieser Urkunde alle Rechte, welche der Krone Baiern aus irgend einem Rechtstitel an Schulden und Sustentationsbeiträgen, sowohl aus dem

Digitized by Google

vormals Würzburgischen, als vormals Mainzischen Landesgebiete gegen den Herrn Fürsten zugestanden hätten, demselben in bester Form Rechtens cedirt würden, mit der Befugniß, alle Rechte der Krone Baiern sowohl gegen die fürstliche Masse als gegen jeden Dritten gerade so geltend zu machen, als ob die Krone Baiern solche noch unmittelbar nach den ursprünglichen Rechtstiteln geltend machte.

Im Uebrigen ward noch vorgebracht:

ad 1. Daß die Erhebung eines Dienerverzeichnisses und die deßfallsige Berechnung schon im Jahr 1804 mit großen Schwierigkeiten verknüpft gewesen sei, wie aus dem Art. IV. des Staatsvertrags hervorgehe. Man habe sich daeum auf ein Aversum abgefunden, und es liege nicht in der Macht des Herrn Klägers, nun nach einem Zeitraum von dreißig Jaheen noch ein solches Verzeichniß einseitig aufzustellen. Da aber die Sustentationsberechtigten in dem Vertrage selbst Kreis-, Staats-, Hof- und Civildiener ꝛc. genannt worden, so könne es dermalen um so weniger auf ein specielles Dienerverzeichniß mehr ankommen, als ja freiwillig ein ganzes 1/6 in Abzug gebracht werden wolle, obschon die Kammeraldiener und Pensionäre gleiche Vorrechte wie alle anderen Staatsdiener genießen sollten.

ad 2. Auch über die Berechtigung zu einer solchen Anordnung könne kein Zweifel entstehen, nachdem eines Theils die Unterpfandsrechte und Privilegien diesee Sustentationsberechtigten nicht nur durch die §§. 66 und 67 des Reichsdeputationshauptschlusses, so wie durch den Art. V des Staatsvertrags vom 6. März 1804, des Inhalts:

„Zur Sicherheit der zu leistenden Beiträge werden die neuen Besitzungen des Herrn Fürsten von Salm-Reifferscheid-Bedbueg, welche vom Fürstenthum Wüezburg abgeeissen sind, ausdrücklich als Hypothek konstituirt, dergestalt, daß man churfürstlicherseits, im Falle diese vertragsmäßige Entrichtung nicht erfolgen sollte, sich an jene Gebietstheile in allen rechtlichen Wegen zu halten befugt ist" —

schon bestellt, sondern anderntheils auch die Kammergefälle schon so überschwänglich mit laufenden privilegirten Lasten beschwert gewesen, daß ohne Konkurrenz der Landeskasse zu wenigstens 2/3 diese Sustentationen rein unmöglich hätten bestritten werden können, wie auch wirklich der königlich baierische Fiskus selbst vom Jahr 1809 bis zum Jahr 1825 mit aller seiner kostspieligen Rechtsverfolgung und mit aller richterlichen Einschreitung auch nicht zu einer Zahlung von einem Kreuzerswerth habe gelangen können! Bei dieser klar vorliegenden Insufficienz der Kammergefälle sei darum der Herr Fürst selbst nach der Reichsverfassung berechtigt, ja nach den Voeschriften des Reichsdeputationshauptschlusses und endlich nach seinen eigenen Staatsverträgen sogar verpflichtet gewesen, auf die Landeskasse zurückzugreifen.

ad 3 und 4 werden im Wesentlichen priora wiederholt.

Insbesondere ist in Ansehung der Mainzer Sustentationen bemerkt, daß die fürstliche Standesherrschaft den Vertrag vom 8. Nov. 1804 (oder 1806) im Augenblick nicht besitze, was jedoch in der Hauptsache selbst nichts alteriren könne, da auf der einen Seite die Schuldsummen schon bei der Mediatisirung gehörig erhoben, constatirt und von der großherzoglichen Hofkommission anerkannt woeden seien, während auf der andern Seite in facto keine Meinungsverschiedenheit obwalte. Indessen sei es richtig, daß durch ein Versehn des Rechners derjenige Betrag, welcher von 5/6 und resp. 2/3 nach Verhältniß des Schatzungsfußes auf die Krone Würtemberg hätte fallen müssen, nicht abgezogen worden, was noch jetzt berichtigt werden müsse ꝛc. ꝛc. Uebrigens möchten diese Sustentationen zufolge Vertrags vom 8. Novembee 1804 wohl nach dem Kammeraltypus vertheilt worden seyn, daß sie aber ausdrücklich nur auf die Kammerrevenüen übernommen worden seyn sollten, werde einstweilen als unrichtig widerspeochen. Jedenfalls würde dieser Umstand bei den nach der Mediatisirung und nach dem Verlust dee Landesherrlichkeit oder Oberhoheit, so wie dee Jurisdictionsgewalt eingetretenen Veränderungen und erlassenen bundesgesetzlichen Bestimmungen ohne erheblichen Einfluß auf die Vertheilung selbst seyn.

Auf die von dem großherzoglichen Fiskus vorgebrachten Schutzeeden erwiedert der klagende Theil:

Zu a. Diese Eineede müsse man als durchaus unbegründet und unerheblich widersprechen; sie finde ihre Widerlegung in der Uebereinkunft von 1825 und in den §§. 36, 58 und 59 dee Deklaration. Auch würde ein etwaiges Anerkenntniß den Herrn Kläger als Stammgutsnachfolger nicht berühren und noch weniger als Cessionar der Krone Baiern.

Zu b. Wird sich auf die oben erwähnte Cessionsurkunde und

zu c. Auf das ad 1 Vorgetragene bezogen.

Zu d. Die vorliegende Reklamation sei schon mit dem 31. Dezember 1825 bei großh. Finanzministerium geltend gemacht worden, und darauf unterm 9. Dezember 1826 Entscheidung erfolgt. Der Beklagte sei demnach (wenn es sich hier auch nicht um eine Verzinsung als Entschädigung für unerfüllte Verbindlichkeiten handelte) jedenfalls mit dem 1. Januar 1826 schon in Verzug gesetzt gewesen, und daher unter allen Umständen die Einreden der Verjährung nur bis zum 1. Januar 1822 anwendbar.

Hiernächst wird die frühere Bitte, unter einem allgemeinen Widerspruch des gegentheiligen, nicht speciell widerlegten Vorbringens, lediglich wiederholt.

Aus der Duplik verdient angeführt zu werden:

Gerade daraus, weil die wegen der Mediatisation vom

Digitized by Google

Herrn Kläger geführten Beschwerden Gegenstand der Uebereinkunft von 1825 gewesen, die letztere aber nirgends hinsichtlich der hier in Frage stehenden Beschwerde eine Remedur zusichere, müsse man folgern, daß diese Beschwerde im Jahr 1825 nicht vorgebracht oder daß sie aufgegeben worden sei. Die Verhandlungen von 1825 seien auf den Grund der im Jahr 1807 vollzogenen Mediatisation gebaut, letztere somit, in so weit die höchste Declaration von 1825 keine Aenderung statuire, wiederholt bestätigt woeden. Die Einrede des Anerkenntnisses werde mithin allerdings durch die höchste Declaration begründet. Ausdrücklich sei im §. 58 nur wegen der Schuldenabtheilung eine weitere Untersuchung vorbehalten, nicht aber wegen laufender Pensionen; es stehe daher dem Gegentheil eine Klage gar nicht zu. Von einer Cession komme in der Klage keine Silbe vor; es könne daher keine Rücksicht darauf genommen werden; indem eine Klagänderung in der Replik nicht mehr zuläßig sei. Zudem ergebe die s. g. Cessionsurkunde, daß die Cession, wenn sie anders erfolgt sei, erst Statt gefunden habe, nachdem die Krone Baiern schon befriedigt gewesen. Letztere habe daher nichts mehr zu cediren gehabt; woraus denn folge, daß die Uebertragung etwaiger Rechte gegen den großherzoglichen Fiskus nach L.R.S. 1250 ungültig und wirkungslos sei. Auch sei in der Urkunde gegen den großherzoglichen Fiskus kein Recht cedirt. Endlich könne das Datum der Urkunde, welches auf den 4. Mai 1825 gestellt sei, unmöglich richtig seyn, da darin eines am 6. Mai Statt gehabten Faktums, der Bestätigung des Vergleichs vom 3. Mai, erwähnt werde. Uebrigens sei der Herr Kläger die legitimen Handlungen seines Herrn Vaters anzuerkennen um so gewisser verbunden, als er zugleich der Allodialerbe und der Sohn des letzten Vasallen sei.

Dem Herrn Kläger müsse aber in der That die frühere Reichsverfassung gänzlich unbekannt seyn, wenn er von seiner Idee nicht abkommmen könne, als hätte es von der Willkühr des Herrn Fürsten abgehangen, einen Theil der fraglichen Sustentationen dem Lande zur Last zu legen. Die Besoldungen der Regierungen, Kammern, kurz aller fürstl. Diener seien keine Last gewesen, welche den Unterthanen aufgebürdet werden konnte. Der Gegentheil möge doch einmal ein Reichsgesetz anführen, welches dies gestattet hätte; diese Last sei lediglich auf den Kammergütern gelegen, mit einziger Ausnahme der Gehalte der Reichs- und Kreisgesandten. In den ältesten Zeiten hätten die Unterthanen gar nicht bestenert werden können, aller Staatsaufwand habe mit den Kammergütern bestritten werden müssen. Zuerst sei es den Reichsständen gelungen, die Reichssteuern auf ihre Unterthanen subcollectiren zu dürfen. Ein Gleiches sei später hinsichtlich der Kreissteuern und der Kosten der Landesdefension gestattet worden. Es existire kein Reichsgesetz, welches den Ständen erlaubt hätte, zu anderen Bedürfnissen ihre Unterthanen zu besteuern. Eine türkische, aber keine deutsche Reichsverfassung müsse demnach der Gegentheil im Auge haben, wenn er von einer verfassungsmäßigen Befugniß spreche, vermöge welcher ein Theil der fraglichen Sustentationen der Contributionskasse aufgebürdet worden sei. Dieselben hätten nicht auf den Steuern der Unterthanen, sondern auf den Kammergütern gehäftet; damit stimme auch der Reichsdeputationshauptschluß durchaus überein und eben daher komme es, daß sie im Vertrage von 1804 nach den Kammerrevenüen vertheilt worden. Der hier allein entscheidende §. 53 des dritten Constitutionsedikts weise sie ausdrücklich zur Vertheilung nach den Kammerrevenüen. Die vorliegende Klage sei also durchaus unbegründet, da auch der Beweis der Insufficienz der Kammergefälle allein nicht zureiche, wenn nicht auch eine Last in Frage stehe, welche überhaupt den Unterthanen aufgebürdet werden könne. Zudem seien hier Diener und Mitglieder einer aufgehobenen geistlichen Korporation in Frage, deren theilweise Sustentation der Herr Fürst nicht als Jurisdictionslast zugeschieden erhalten habe. Nach Art. IV des Vertrags vom 6. März 1804 sei unter den fraglichen Sustentationen auch die des abgetretenen Fürstbischofs von Würzburg begriffen, die wohl den größern Theil derselben ausmachen möge. Dieser sei denn doch wohl kein Justizbeamter gewesen.

Bemerkenswerth sei ferner noch der Art. VII des gedachten Vertrags, welcher, wenn die bei den Hofkommissionsakten beruhende Abschrift richtig sei, also laute:

> „Seine churfürstliche Durchlaucht überlassen dem Herrn Fürsten von Salm und seinen Nachkommen die Würzburgischen Domkapitelschen Einkünfte, Rechte und Gefälle in dem Amte Grünsfeld, und die zur Unterhaltung der Mitglieder des Domkapitels, zur künftigen Dotation der Kathedralkirche und des Landesbischofs deßwegen zu übernehmenden Beiträge sind in der Art. IV. festgesetzten Aversionalsumme begriffen.“

Die geistlichen Güter und Gefälle seien aber, wie schon früher gezeigt, den entschädigten Fürsten durch den Reichsdeputationshauptschluß als Kammergüter zugewiesen worden.

Was endlich noch die Zinsen betreffe, so bedürfe es kaum der Erwähnung, daß eine bei großherzoglichem Finanzministerium eingereichte Vorstellung den großherzoglichen Fiskus nach L.R.S. 1139 nicht habe in Verzug setzen können, der übrige Duplikvortrag besteht in Wiederholungen des Einwendungssatzes.

Auf mündliche Verhandlung erfolgte unterm 21. Mai d. J. das

Urtheil:

„Daß die Klage, was die in dem Aversum von

Digitized by Google

5,720 fl. mitbegriffene Sustentation des abgetretenen Fürstbischofs von Würzburg und die im §. 36 der Declaration vom 6. Okt. 1825 erwähnten Jurisdictionslasten betrifft, angebrachtermaßen, im Uebrigen aber schlechthin, unter Verfällung des Herrn Klägers in die Kosten, abzuweisen sei."

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des Art. IV des Staatsvertrags vom 6. März 1804, wodurch das fürstliche Haus Salm-Krautheim an der reichsschlußmäßigen Sustentation des abgetretenen Herrn Fürstbischofs von Würzburg, an dem Pensionen- und Salarienetat der sämmtlichen Kreis-, Staats-, Hof- und Civildienerschaft und des Militärs, wie er zur Zeit der Civilbesitznahme des Fürstenthums Würzburg bestanden, nach Maßgabe der Kammeraleinkünfte der von dem Fürstenthum Würzburg an dasselbe gekommenen Theile ein verhältnißmäßiges, vom 1 Dez. 1802 an 25 Jahre hindurch fortlaufendes und jährlich an die churbaierische Provincialkasse baar zu entrichtendes Aversum übernommen hat;

J. E., daß von der Mediatisation an, zufolge §. 53 des dritten Constitutionsedikts vom 22. Juli 1807 die Pensionen der Mitglieder und Diener aufgehobener geistlicher Corporationen nach Verhältniß des damit belasteten Kammereinkommens, welches dem Souverain zufiel und dem Standesherrn verblieb, getheilt werden mußten;

J. E., daß die königlich baierische Declaration vom 19. März 1807, welche nach Art. 14 der deutschen Bundesakte zur weiteren Begründung und Feststellung eines in allen deutschen Bundesstaaten übereinstimmenden Rechtszustandes der mittelbar gewordenen Fürsten, Grafen und Herren als Basis und Norm unterlegt werden soll, von Pensionen der eben gedachten Art überall nichts erwähnt, und folglich die bei der Mediatisirung auf gesetzmäßige Weise bewirkte Abtheilung um so weniger alterirt, als die fürstliche Standesherrschaft nicht einmal darzulegen versucht, daß ihr, dem §. 53 des dritten Constitutionsedikts zuwider, ein unverhältnißmäßiger Theil der Würzburger Sustentationen zugewiesen worden sei;

J. E., daß vielmehr die fürstliche Standesherrschaft den Satz aufstellt: daß alle reichsschlußmäßigen Sustentationen, mit Ausnahme jener der Hof- und Kammeraldiener, welche in der Klage ganz willkührlich zu 1/6 angenommen werden, schon bei der Mediatisation gänzlich auf den Souverain hätten übergehen sollen, da mit dem Verluste der Souverainetäts- und obersten Landesherrlichkeitsrechte auch die Verpflichtung zur Zahlung der mit Ausübung dieser Rechte chargirten Diener und Pensionäre nothwendig und unzertrennlich verbunden gewesen sei;

J. E., daß diese, den ersten Klaggrund bildende Behauptung im §. 32 der Rheinbundesacte, in der königl. baierischen Declaration lit. k Nr. 4 und im §. 52 des dritten Constitutionsedikts keine Stütze findet, indem dort überall nur von den aktiven Dienern der durch die rheinische Conföderation mediatisirten Fürsten, Grafen und Herren die Rede ist, während hier die Sustentationen und Pensionen der Mitglieder und Diener der säcularisirten geistlichen Corporationen in Frage sind;

J. E., daß der zweite Klaggrund in so fern unstichhaltig ist; als kein Reichsfürst befugt war, seine Unterthanen willkührlich zu besteuern, und mithin Schulden, welche verfassungsmäßig auf den Kammergefällen hafteten, ohne weiteres auf die Steuern überzuwälzen, indem nur bei vorhandener Insufficienz der Kammereinkünfte die wahren Landesbedürfnisse ausnahmsweise eine Umlage rechtfertigen konnten;

J. E., daß dem dritten Klaggrund das dritte Constitutionsedikt entgegensteht, welches als ein späteres, nach §. 58 der auf Uebereinkunft mit der fürstl. Standesherrschaft beruhenden höchsten Declaration vom 6. Okt. 1825 allein Maß gebendes Landesgesetz dem §. 66 des Reichsdeputationsrecesses von 1803 jedenfalls derogirt;

J. E. aber, daß der §. 53 dieses Edikts der geistlichen Regenten nicht erwähnt, für deren Sustentationen in den §§. 47 — 51 des Reichsdeputationsrezesses besondere Vorsorge getroffen ist;

J. E. dagegen, daß der klagende Theil, wenn er behaupten will, daß der in dem Aversum von 5,720 fl. begriffene Antheil an der Sustentation des abgetretenen Fürstbischofs von Würzburg nicht nach Verhältniß des Kammereinkommens zu repartiren, sondern ganz auf das Land zu übernehmen sei, vorerst in Gemäßheit des §. 247 der Pr. Ordn. die Klage gehörig begründen, also namentlich die deßfallsige Summe bestimmt angeben und das geeignete Begehren stellen mußte, damit hierüber besonders verhandelt und entschieden werden könnte;

J. E., daß es übrigens gar nicht darauf ankommen kann, welche Grundsätze die großherzogliche Regierung bei der fürstlichen Standesherrschaft Leiningen, deren staatsrechtliche Verhältnisse erst im Jahr 1833 Regierungsblatt Nr. XXV festgestellt wurden, rücksichtlich der Schulden- und Lastenabtheilung in Anwendung gebracht haben dürfte, da es für die hier zu gebende Entscheidung genügt, daß die Beschwerden nicht auf das dritte Constitutionsedikt gegründet werden wollen;

J. E., daß der §. 36 der Declaration von 1825 dem vierten Klaggrund, in Folge dessen der großherzogliche Fiskus das durch den Staatsvertrag vom 6. März 1804 bestimmte Aversum vom Mai 1813 an ganz und ohne alle Ausscheidung übernehmen sollte, darum nicht zur Unterlage dienen kann, weil dort der fürstlichen Standesherrschaft von dem Zeitpunkt der ihr durch das Edikt vom 14. Mai 1813 entzogenen Gerichtsbarkeit nur die Uebernahme derjenigen Besoldungen, Pensionen oder Sustentationsgehalte auf die Staatskasse zugesichert ist, welche derselben mit der ihr, bei ihrer Mediatisirung überlassenen Gerichtsbarkeit als Jurisdictionslasten zugewiesen worden sind, so daß also die klagende Standesherrschaft, falls noch dergleichen Jurisdictionslasten auf ihrer Kasse haften,

Digitized by Google

ihre Reclamation lediglich darauf hätte beschränken müssen, statt überhaupt auf Vergütung aller reichsschlußmäßigen Sustentationen von 1813 an zu klagen;

J. E., daß also die Klage gerade um deßwillen, weil sie die etwaigen, allein zum Ersatz geeigneten Jurisdictionslasten nicht ausscheidet und namhaft macht, nach § 359 der Pr. Ordn. angebrachtermaßen zu verwerfen ist;

J. E., daß die bisher in Bezug auf die Würzburger Sustentationen aufgestellten Grundsätze im Wesentlichen auch von den Mainzischen gelten, deren Betrag übrigens noch einer genaueren Feststellung bedürfte;

J. E., daß bewandten Umständen nach die der fürstlichen Standesherrschaft entgegengehaltene, aber schon durch die §§. 36 und 58 der Declaration von 1825 beseitigte Einrede der Anerkennung oder Genehmigung des früheren Schuldenabtheilungsgeschäfts keine besondere Entscheidung erfordert;

J. E. endlich, daß der Zinsanspruch das Schicksal der Hauptforderung theilt und die Prüfung der vom Beklagten vorgeschützen Einrede der Verjährung zwecklos macht.

Nach Ansicht des §. 169 der Pr. Ordn.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Anmerkung. Bei der Deliberation wollte ein Votant aus der eigenen Anführung des klagenden Theils: es sei der Rückersatz der mehrgedachten Sustentationsbeiträge mitunter ein Hauptgegenstand der Unterhandlung von 1825 gewesen, im Vergleich mit dem §. 36 der Declaration, welcher das Resultat jener Unterhandlung vor Augen lege, den Schluß ziehen, daß die fürstl. Standesherrschaft, indem sie den gedachten Paragraphen seinem ganzen Inhalte nach acceptirte, auf alle und jede Reclamation von reichsschlußmäßigen Sustentationsbeiträgen, welche keine Jurisdictionslasten sind, verzichtet habe, weil sie nicht vorbehalten seien. Auch hielt die Minorität dafür, daß die Sustentation des Fürstbischofs von Würzburg, welche ohnehin aus den Kammergefällen zu bestreiten gewesen wäre, gleichmäßig, wie die der Mitglieder und Diener geistlicher Corporationen, unter die Bestimmung des §. 53 des dritten Constitutionsedikts falle, weil die Rechte aller dieser Personen durch die §§. 59 und 66 des R.D.R. von 1803 auf eine und die nämliche Weise garantirt, nebstdem aber die geistlichen Regenten den Souverainen gegenüber als Mitglieder der geistlichen Corporationen anzusehn, sohin unter diesem Gattungsbegriff mitverstanden seien, und zwar um so mehr, als sich nicht wohl annehmen lasse, daß unser drittes Constitutionsedikt in Ansehung der geistlichen Regenten nichts habe verfügen wollen.

Diese Streitfragen können nun noch einmal zur Erörterung kommen, wenn wegen der Sustentation des Bischofs von Würzburg eine neue, verbesserte Klage angestellt werden sollte.

Bayer.

II.
Curiosum.

Actum N. den 17. Febr. 1829.

Pag. 8. Kläger übergiebt anliegendes Verzeichniß der Zugriffsobjecte und bittet um Execution und Beiladung seiner bei der Vornahme derselben, indem der Vogt in N dem Beklagten sehr günstig sei.

Pag. 9. Ist ein Verzeichniß von Executionsgegenständen mit dem Präsentatum vom 24. März 1829 versehen.

Pag. 10. Res. Amtsexequent erhält diesen Bericht zur Beschlagnahme der Effekten, die der Ortsvorstand versteigern soll.

N. den 11. April 1829.

Großh. Amt.

Pag. 11. Bericht des Ortsvorstandes vom 28. April, daß ein Pferd und eine Bütte abgepfändet worden sei.

Beschluß de eodem:

Verkauf binnen 3 Tagen.

Pag. 13. Bericht vom 4. Mai, daß Niemand bei der Versteigerung geboten habe.

Beschluß vom 5. Mai:

Adjudication.

Pag. 14. Intervention der Kinder des Schuldners vom 16. Mai, welche behaupten, die Pfandstücke wären ihr Eigenthum.

Intervent erwiedert, das Pferd und die Bütte haben seinem Schuldner gehört, er habe das Pferd auch bereits verkauft.

Zwischenbescheid:

Würde Beklagter binnen 14 Tagen peremtorischer Frist rechtsgenüglich erweisen, daß das abgepfändete Pferd und die abgepfändete Bütte nicht sein, sondern des Intervenienten Eigenthum sei, so würde, geschehe solches oder nicht, sowohl in der Hauptsache als der Kosten wegen, ferner ergehen, was Rechtens ist.

Pag. 38. Publicationsprotocoll mit dem Bemerken, daß man den Theilen Belehrung über die Beweismittel (!) gehörig ertheilte.

Beschluß:

Reproducatur nach 14 Tagen.

Pag. 39. Contin. N. 27. Dec. 1829.

Auf Reproduction der Acten ist

beschlossen:

Wird nunmehr unter Ausschluß des Beklagten mit seinem im Termine nicht angetretenen Beweise der Intervenient mit seiner Eigenthumsansprache an Pferd und Butte abgewiesen, es wäre denn, daß dieser binnen 8 Tagen zerstörlicher Frist das Eigenthum an diesem Pferd und Bütte noch rechtsgenüglich darthun wird, worauf alsdann ꝛc.

Pag. 40. Eröffnungsprotokoll vom 22. Januar 1830 mit dem Schlusse: worauf man denselben Beweismittel gehörig ertheilte.

Beschluß:

Reprod. Acta nach 8 Tagen.

Pag. eodem. Cont. N. am 10. Aug. 1830.

Bericht des Ortsvorstandes, wonach die fraglichen Objecte nicht Eigenthum des Beklagten sind.

Beschluß:

Reserib. Dem Ortsvorstand zur Eröffnung an beide Theile, daß man, bei dem Mangel an frei eigenthümlichen Objecten des Beklagten, dem Kläger zu seiner Forderung zur Zeit noch nicht verhelfen könne, und man ihm überlassen müsse, Objecte anzugeben, aus denen er Befriedigung erhalten könne.

Th.

Wann werden wir von dem Institut der Einzelrichter und insbesondere der Justiz der Praktikanten befreit werden?

S.

Hauptredacteur Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe den 27. August 1836.

I.

Letztes Wort wegen der durch gerichtliche Geständnisse angeblich erwirkten richterlichen Unterpfandsrechte, in Beziehung auf Nr. 7 I. dieses Jahrgangs.

In dem Aufsatz Annalen 1835 Nr. 44 suchte ich nachzuweisen, daß die gegentheilige Meinung durch keinen französischen Rechtslehrer unterstützt werden könne, und wenn man sich nun in obiger Erwiederung deßhalb auf Grenier, Delaporte und Delvincourt beruft, so muß ich eben wiederholen, daß alle diese gerade gegen meinen Gegner sprechen. Die ersten beiden sagen nämlich nur, daß in den richterlichen Urtheilen die Authenticität läge, welche eine Hypothek bedinge, und erwähnen kein Wort von dem richterlichen Geständniß, Grenier sogar stellt die richterlichen Urtheile nicht den Urkundenanerkenntnissen, sondern umgekehrt stellt er die Urkundenanerkenntnisse den richterlichen Urtheilen gleich, und [illegible]nun in Frankreich nur das in Urtheilen enthaltene Anerkenntniß der Urkunde — reconnaissances ou verifications, *faites en jugement* — ein richterliches Unterpfandsrecht erwirkt, so folgt in der von meinem Gegner versuchten Gleichstellung der Anerkenntniß der Schuld mit dem Anerkenntniß der Schuldurkunde eben nur daraus, daß auch die Anerkenntniß der Schuld nur dann ein richterliches Unterpfandsrecht erwirkt, wenn sie in ein Urtheil des Richters eingekleidet ist — quand elle est faite en jugement. Gerade dieses spricht ja der von meinem Gegner angeführte Delvincourt mit klaren Worten aus, denn indem er sagt — que toute *obligation contractée en jugement*, doit emporter hypotheque — sagt er nicht, wie mein Gegner irrig genug übersetzt, daß jede vor Gericht kontrahirte Verbindlichkeit ein Unterpfandsrecht besitze, sondern er sagt, daß jede in einem richterlichen Urtheil enthaltene Verbindlichkeit das richterliche Unterpfandsrecht erwirke, und das ist es gerade, was ich, abgesehen von dem Fall der Urkundenanerkenntnisse, immer behauptet habe, und, gestützt auf die klare Ansicht von Delvincourt, noch behaupte.

Mein Gegner legt sein Gewicht immer darauf, daß die Anerkenntniß der Schuldurkunde ein richterliches Unterpfandsrecht bewirke, und also dieses aus dem gerichtlichen Geständniß noch mehr folgen müsse, allein wenn man auch ganz von der Anerkenntniß einer Urkunde — faite en jugement — absehen wollte, so handelt es sich hier von einem ganz andern Fall, von einer nicht mit einer Urkunde bezeugten Schuld, und es wäre eine Verletzung der ersten Interpretationsregeln der Gesetze zu nennen, wenn man zur Errichtung eines so singulären Rechts, wie das Unterpfandsrecht überhaupt, und das richterliche insbesondere ist, die auf bestimmte Fälle gegebene Vorschrift des Gesetzes auf andere ähnliche Fälle ausdehnen wollte. Im Recht hängt alles zusammen, und wenn die Anerkenntniß der Schuld ähnlich ist mit der Anerkenntniß der Schuldurkunde, so gibt es auch Handlungen, welche mit der Anerkenntniß der Schuld ähnlich sind, und wieder weitere Handlungen, welche mit den letztern ähnlich sind, so daß man aus dem Grund der Rechtsähnlichkeit bald Alles mit einem richterlichen Unterpfandsrecht versehen könnte.

Der Hauptgrund meines Gegners bleibt immerhin das Rechtssprüchwort — confessus pro judicato habetur — aber wenn es schon für sich eine mißliche Sache ist, Unterpfandsrechte auf Sprüchwörter begründen zu wollen, so wird eine nähere Untersuchung dieses Sprüchworts zeigen, daß man darauf kein richterliches Unterpfandsrecht begründen kann. Es ist zwar richtig, daß nach dem römischen Recht L. 1. d. de confess. L. un. c. eod. tit. es angenommen war, daß der confessus in jure gleich einem betrachtet wurde, welcher richterlich verurtheilt war — confessos in pere pro judicatis haberi placet. Quare sine causa desideras recedi a confessione tua, quum et solvere cogeris. Allein dieser Grundsatz wurde vorerst nur auf jene Geständnisse angewendet, welche von der Partei selbst abgelegt waren — L. 6. §. 3, 4 d. de conf. — Geständnisse eines Anwalts bewirken sonach kein richterliches Unterpfandsrecht. Sodann wurde nur jener als confessus in jure betrachtet, welcher die Klage ganz unbeschränkt zugesteht, so

Digitized by Google

wie er dieſes nicht that, Beſchränkungen beifügt, oder zwar ein in ſich unumwundenes Geſtändniß ablegt, jedoch Einreden, z. B. der Zahlung, der Verjährung, vorbringt, ſo konnte er nicht als confessus in jure betrachtet werden, mindeſtens wurde er nicht pro judicato gehalten, denn er erkennt den gegenſeitigen Anſpruch nicht an. Hugo Donellus ad rubr. tit. Cod. de except. und Comment. juris civilis XXII. 1. Vinnius comment. ad instit. tit. de except. IV. 13. Was iſt nun ein beſchränktes und unbeſchränktes Geſtändniß? Es iſt eine der ſchwierigſten Fragen des Proceſſes, und da der Richter bei ſeiner Ablegung ſich nicht mit der Entſcheidung dieſer Frage alsbald abzugeben hat, ſondern das Protokoll eben dem Gegentheil mittheilt, das Pfandgericht aber die Eintragung in das Unterpfandsbuch beſorgt, ſo wäre es eigentlich die Behörde, welche zu beurtheilen hätte, ob das im Protokoll enthaltene Geſtändniß der Art ſeie, daß es ein richterliches Unterpfandsrecht erwirke, alſo einzutragen ſeie! Nehmen wir nun noch dazu an, daß mit dem Protokoll die Tagfahrt einer Verhandlung ſchließt, und daß der Richter ſolches im beigeſetzten Decret nur dem Gegentheil zur Nachricht oder zur Erklärung mittheilt, oder nur weitere Tagfahrt anordnet, ſo würde es doch wahrlich ſonderbar lauten, wenn nun dieſes Protokoll in das Unterpfandsbuch eingetragen würde, und richterliches Unterpfandsrecht bewirkte, wo doch vom Richter auch nicht angedeutet iſt, ob er das Geſtändniß für etwas halte, was ſeinem richterlichen Urtheil gleichſtehe. Sodann war der Grundſatz — confessus in jure pro judicato habetur — auf die Natur des vorjuſtinianiſchen Proceſſes gegründet, wo der prætor die Sache vor den judex pedaneus wies, vor letzterm die Verhandlung und das Urtheil erfolgte, und der prætor auf dieſes hin die Exekutionsverfügung erließ. Wenn nun aber alsbald vor dem prætor die confessio geſchah, ſo war die Verhandlung und Aburtheilung in judicio überflüſſig, und ſo ſagte man pro judicato habetur. Allein ſchon nach dem neuern römiſchen Recht fand bekanntlich dieſes getheilte Verfahren in jure et judicio nicht mehr ſtatt, und es hat ſich deßhalb — ſiehe Weber über Beweis S. 85 — die Meinung gebildet, daß die in unſern Gerichten Statt findenden Geſtändniſſe nicht als die römiſchen confessiones in jure gelten können, ſondern den Richter nur veranlaſſen, ſein Urtheil darauf zu gründen, alſo Urtheil zu geben. Durchforſcht man nun unſere ganze Proceßordnung, ſo wird man nichts finden, was den Richter berechtigte, auf ein Geſtändniß hin kein Urtheil zu fällen, ſondern er wird, nachdem einmal ſeine Hülfe angefleht iſt, auch auf das unumwundene Geſtändniß nach §. 370 das Urtheil erlaſſen müſſen, und wenn es nur zur Entſcheidung des Koſtenpunkts wäre. Nur die Entſagung auf den Rechtsſtreit nach §. 809 hat nach der Proceßordnung die Folge des Urtheils, und ein Geſtändniß hat noch keine Gleichheit mit der Entſagung. Will man aber auch davon abſehen, ſo war es denn doch auch bei den römiſchen confessiones in jure Rechtens, daß zwar darauf Execution nachgeſucht werden konnte, dieſe aber dann eines Decrets des Richters bedurfte — præceptum de solvendo — wodurch die Vollziehbarkeit des Geſtändniſſes ausgeſprochen wurde, woraus der preußiſche Proceß z. B. die beſondere Form des Agnitionsbefehls eines richterlichen Geſtändniſſes ableitete. Es mußte alſo die confessio, ſelbſt wenn man nicht zugeben will, daß es ein wirkliches Urtheil ſeyn müſſe, vom Richter auf irgend eine Weiſe angenommen, bekräftigt, in ſeinen Folgen erklärt werden, und dieſes iſt es denn, was ich immer über dieſe Frage behauptet habe, und ferner behaupten werde, daß man auf das Protokoll hin, welches nur ein Geſtändniß einer Schuld enthalte, kein richterliches Unterpfandsrecht erwerben könne, ſondern daß der Richter auf irgend eine Weiſe ſolches annehmen, ſeine Folgen ausſprechen, alſo ein Urtheil erlaſſen müſſe. Uebrigens bin ich nicht der Meinung, daß die vor den Staatsſchreibern aufgenommenen Urkunden über eine Anerkenntniß einer frühern Schuld ein Unterpfandsrecht erwirken, und habe auch nicht geſagt, daß Brauer dieſer Meinung nach dem Landrecht iſt, ſondern nur, daß er glaubte, es ſeie ſo früher in Frankreich geweſen.

Sander.

II.

Hofgericht zu Freiburg.

Rechtsfall.

In der Gant des Johann Diſch von K., Amts St., wurde durch das Ganturtheil vom 8. März 1830 eine Forderung der minderjährigen Kinder des Cridars mit geſetzlichem Unterpfandsrecht vom 11. Auguſt 1815, resp. 31. Dezember 1816, auf ſämmtliche ehemännliche und ehegemeinſchaftliche Liegenſchaften in dritter Klaſſe locirt, in welcher auch zwei andern, durch richterliches Unterpfandsrecht gewahrte Anſprüche, nämlich eine Forderung der Liquidanten Baptiſt Knöbel und Conſorten im Rang vom 29. April 1822, und eine Reſtforderung des Gläubigers Götſch Weil mit Eintrag vom 7. Auguſt 1822 ihre Stelle angewieſen wurde. Demungeachtet giengen, nach dem am 15. Juli 1830 erlaſſenen und am 31. deſſelben Monats durch Zuſtellung der Verweiſungen an die Gläubiger vollzogenen Vertheilungsbeſcheid, nicht nur die beiden letztgedachten Liquidanten unbefriedigt aus, ſondern es erlitten auch die vor ihnen locirten Kinder des Gantſchuldners einen beträchtlichen Verluſt.

Digitized by Google

Unterm 16. Nov. 1830 erhoben sofort Baptist Knöbel und Consorten eine Klage gegen Götsch Weil, in welcher sie, als ältere Pfandgläubiger, von ihm, dem jüngern, die Abtretung dreier Grundstücke, welche ihm früher im Jahr 1823 für seine ursprünglich größere Forderung aus dem Vermögen des Johann Disch adjudicirt worden waren — oder die Ausfolgung des Erlöses derselben verlangten. Sie waren so glücklich, unterm 25. Juli 1831 ein Urtheil des Amtes St. zu erwirken, zufolge dessen Götsch Weil, der es in Rechtskraft erwachsen ließ, ihnen eines jener Güterstücke, welches er noch besaß, überlassen, und von den zwei andern, die er im Jahr 1826 verkauft hatte, den Erlös herauszahlen mußte.

Nun aber trat der Vormund der Kinder des Johann Disch mit einer Klage gegen Baptist Knöbel und Genossen auf, indem er von ihnen, die inzwischen auch das dritte Grundstück veräußert hatten, für seine Mündel den Erlös der drei, früher dem Johann Disch gehörigen, dann dem Götsch Weil an Zahlungsstatt zugewiesenen, und von den jetzigen Beklagten wieder evincirten Liegenschaften begehrte, weil jene Kinder, wie dies auch durch den Ordnungsbescheid ausgesprochen sei, ein noch älteres, folglich besseres, Unterpfandsrecht, als Knöbel und Consorten, mithin auch vor diesen Anspruch auf Befriedigung mit ihrer theilweise in Verlust gefallenen Forderung hätten. Außer diesem Klaggrund ward noch der weitere angeführt, daß Knöbel und Consorten in ihrer Klage gegen Götsch Weil nur als Geschäftsführer des jetzigen Klägers, als ältern Pfandgläubigers, zu betrachten seien. Eventuell ward das Gesuch gestellt, daß der von den Beklagten zur Ungebühr erhobene Erlös der fraglichen Liegenschaften in die Masse gezogen, und gesetzlicher Ordnung nach unter die betreffenden Pfandgläubiger vertheilt werde.

Nach dem Schluß dieser, einige Zeit ausgesetzten Verhandlungen, erklärte das Amt St. durch Urtheil vom 19. September 1835 die Beklagten, Baptist Knöbel und Consorten, für schuldig, den Erlös aus den drei Güterstücken mit 241 fl., nebst Zinsen vom 16. November 1830, an die Kinder des Johann Disch zu ersetzen.

Dagegen appelirten die Beklagten, und das Hofgericht erkannte am 18. März 1836 abändernd dahin, daß der klagende Vormund mit der erhobenen Klage abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung

1) daß der Kläger auf den Grund des ältern Unterpfandsrechts seiner Mündel und des in der Gant des Johann Disch erlittenen Verlustes von den Beklagten den Ersatz des mit ihrem jüngern Pfandrecht erstrittenen, daher angeblich zur Ungebühr bezogenen Erlöses von drei, früher dem Gantschuldner gehörigen Grundstücken, oder wenigstens die Vertheilung dieses, zur Gantmasse zu ziehenden Erlöses, unter die betreffenden Pfandgläubiger begehrt;

In Erwägung

2) daß diese Klage, in so fern sie auf das klägersche Unterpfandsrecht sich stützt, in Rechten nicht gegründet ist, indem die Pfandklage, als dingliche Klage, nach L.R.S. 2114, 2166 nur gegen den Besitzer des Unterpfands Statt findet, die Beklagten aber, nach dem eigenen Vortrag des Klägers, die fraglichen Liegenschaften theils nie besessen, theils wieder veräußert haben, und der Preis dieser einzelnen Grundstücke nicht als Surrogat angesehen werden kann, welches die Natur der Sache selbst angenommen hätte;

In Erwägung

3) daß eine etwa auf des Klägers frühere Location im Ordnungsbescheid beruhende Vindication dieses Erlöses — abgesehen davon, daß ihr der L.R.S. 2279 entgegenstünde — auch deßhalb unstatthaft wäre, weil, nach der eigenen Behauptung des Klägers, jene Liegenschaften dem Gläubiger Götsch Weil bereits im Jahr 1823 adjudicirt, mithin zur Zeit der Ganteröffnung nicht mehr Eigenthum des Johann Disch, folglich auch kein Theil seiner Gantmasse waren, weßhalb durch das Ganturtheil, welches lediglich die Ansprüche und die Ordnung der Gläubiger in Beziehung auf das vorhandene Massevermögen bestimmte, rücksichtlich jener, nicht zur Gantmasse gehörenden Liegenschaften, gar nicht erkannt, und keinem Gläubiger ein Recht gegeben oder genommen wurde;

In Erwägung

4) daß aus dem eben angeführten Grunde und nach längst vertheilter Masse auch kein Anlaß vorhanden ist, den Erlös jener Grundstücke zur Gantmasse zu ziehen, und durch Eröffnung eines Rangordnungsverfahrens zwischen den Gläubigern den beendigten Gantproceß wieder aufzunehmen — wie auch zur Eröffnung einer neuen Gant, die im §. 814 bis 816 der Pr.O. unterstellten Bedingungen durchaus fehlen;

In Erwägung

5) daß von Zurückforderung einer Zahlung zur Ungebühr schon darum keine Rede seyn kann, weil, wenn auch alle übrigen Voraussetzungen der L.R.S. 1235 und 1376 nachgewiesen wären, und insbesondere die in Folge eines richterlichen Urtheils geleistete Zahlung einer Schuld als ungebührlich angesehen werden könnte — jedenfalls nur dem Zähler selbst, aber nicht dem jetzigen Kläger, ein solches Klagrecht zustehen würde;

In Erwägung

6) daß die Behauptung, es hätten die Beklagten bei der gegen Götsch Weil angestellten Klage als Geschäftsführer des Klägers gehandelt, als völlig grundlos erscheint, da sie in eigenem Namen und kraft ihres eigenen Unterpfandsrechts geklagt und gesiegt haben;

Digitized by Google

In Erwägung

7) daß somit die erhobene Klage, für welche weiter kein persönlicher Klaggrund angeführt ist, durch ihren thatsächlichen Vortrag als unbegründet sich darstellt, und die Beklagten durch das verurtheilende Erkenntniß des Unterrichters beschwert sind;

Aus d. Gr. ꝛc.

Woll.

III.

Kompetenz der Verwaltungsbehörden zur Entscheidung über die Verbindlichkeit einer Gemeinde zur Unterhaltung ihrer Armen.

Am 16. März 1813 schloß die Stadt F. mit Martin Z. von R. einen Einstandsvertrag ab, durch welchen sie dem letztern unter Anderm auch das Bürgerrecht in F. ertheilte.

Nach erstandener Kapitulation trat indessen Martin Z. das ihm ausbedungene Bürgerrecht in F. nicht an, sondern hielt sich größtentheils wieder in R. auf.

Dort erkrankte er im November 1828, und wurde, da er vermögenslos war, und an die Gemeinde R., oder an den dortigen Spital, keine Unterstützungsansprüche mehr hatte, von den dortigen Behörden einem Privaten, auf Rechnung der unterhaltspflichtigen Stadt F., in der er das Bürgerrecht anzusprechen hatte, zur Verpflegung übergeben.

Nachdem er wieder hergestellt war, forderte der Private von der Stadt F. den Ersatz der Verpflegungskosten.

Die letztere wies aber die Forderung zurück, weil

1) dem Martin Z. im Einstandsvertrag ausdrücklich nur zugesagt worden sei, daß er, im Falle einer Arbeitsunfähigkeit, in dem Spital zu F. unentgeltliche Verpflegung erhalte, er aber sich dort weder niedergelassen, noch zur Geltendmachung dieser Rechte überhaupt je gemeldet habe. Man hätte auch

2) den Martin Z. nicht 65 Tage in R. behalten, sondern ihn, wenn man die Kurkosten auf die Stadt F. überwälzen wollte, sobald er dazu fähig war, dorthin abliefern sollen, daß er dort mit weniger Kosten im Spital hätte verpflegt werden können.

3) Ueberdies verpflege der Spital in F. auch die dort erkrankenden armen Fremden ohne Kostenersatz. Derselbe werde daher künftig, wenn arme Angehörige von R. dort erkranken, an die Gemeinde R. ebenfalls den Kostenersatz fordern, wenn diese die durch Martin Z's. Krankheit in R. entstandenen Kosten nicht auf sich nehme.

Hierauf wurde erwiedert, daß jeder Arme nur von seiner Heimathsgemeinde, gleichviel, ob er das Bürgerrecht dort angetreten habe, oder nicht, zu unterhalten sei, und daß es dem Privaten, der den Martin Z. aus obrigkeitlichem Auftrag verpflegte, nichts berühre, ob derselbe nach F. hätte transportirt werden können und sollen. Wenn der Spital in F. arme Fremde ohne Kostenersatz verpflege, so sei dies seine stiftungsmäßige Verbindlichkeit, und habe für eine gleiche Verbindlichkeit der Gemeinde R. keine Folge, und noch weniger für den Privaten, der den Martin Z. verpflegte.

In Folge der hierüber im Verwaltungswege geflogenen Erörterungen hat sofort das Ministerium d. J. unterm 20. Dezbr. 1830 Nr. 13,038 die Einsprachen der Stadt F. als ungegründet verworfen, und die letztere, in Erwägung, daß die Armen überall von derjenigen Gemeinde, in welcher sie ihr Heimathsrecht haben, zu unterhalten seien, zum Ersatz der fraglichen Verpflegungskosten nach deren vorgängiger Richtigstellung schuldig erklärt.

Als sodann der Vollzug dieser Verfügung des Ministeriums d. J. betrieben wurde, erklärte die Stadt F., daß sie ihre Einsprachen im Rechtswege geltend machen wolle, wozu sich die Sache eigne, da Martin Z. das Bürgerrecht nur durch einen Vertrag erworben habe, und es sich hier ohnehin nicht erst um seine Verpflegung, sondern um den von einem Privaten geforderten Kostenersatz handle. Die Stadt F. wollte daher eine gerichtliche Klage erwarten, und erst auf ein richterliches Erkenntniß hin Zahlung leisten.

Das Amt wies jedoch diese Erklärung zurück und verfügte, daß die Stadt, da es sich um eine Verwaltungssache handle, im Verwaltungswege zur Zahlung anzuhalten sei. Die Stadt F. führte hiegegen Beschwerde bei dem Hofgerichte, welches sofort durch Beschluß vom 31. Oktbr. 1833 Nr. 7985 die Exekution sistirte, und die Verhandlung der Sache im civilrechtlichen Wege anordnete.

Als aber das Ministerium d. J. hievon in Kenntniß gesetzt wurde, verfügte dasselbe unterm 29. April 1834 Nr. 4216 die Erhebung eines Kompetenzkonflikts, und bemerkte dabei:

„Streitigkeiten über den Erwerb oder Besitz eines Gemeindebürgerrechts oder eines Heimathsrechts, gehörten schon nach dem Organisationsedikte von 1809, so wie jetzt nach dem §. 153 der Gemeindeordnung und nach den §§. 82 und 83 des Bürgerannahmsgesetzes vor die Verwaltungsbehörden."

„Nur diese, und nicht die Civilgerichte, haben daher zu entscheiden, ob Martin Z. zur Zeit seiner Krankheit Bürgerrecht in F. gehabt habe oder nicht?"

„So wie über das Daseyn des Bürgerrechts, eben so haben die Verwaltungsbehörden auch über die gesetzlichen Wirkungen desselben, folglich namentlich über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde vermögenslose Bürger zu unterstützen, beziehungsweise hier für Martin Z. die Kur- und Verpflegungskosten zu bestreiten habe, zu entscheiden, da der Anspruch armer Bürger auf Unterstützung aus Gemeindemitteln lediglich ein Ausfluß des Bürger- rechts oder Heimathsrechts ist, also dem öffentlichen, und nicht dem Privatrechte angehört. (Verordng. v. 28. Mai 1810 Rg.Bl. S. 169 und Bürgerannahmsges. v. 31. Dezbr. 1831 §. 1, Nr. 8.)"

Unterm 30. Mai 1834 Nr. 3232 nahm das Hofgericht seinen Beschluß vom 31. Okt. 1833, wodurch es die richterliche Verhandlung der Sache angeordnet hatte, wieder zurück.

D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 3. September 1836.

I.

Ueber unheilbare Nichtigkeiten und Nichtigkeitsbeschwerden nach der neuen bad. Pr. Ord.

Nach dem, was Weiler in seinen Motiven zur Pr. Ord. §. 1180 sagt, und nach der Aeußerung Mittermaiers *) über den Geist der bad. Pr. O. hinsichtlich der Nichtigkeiten, scheint es, daß es die Meinung der Gesetzgebungscommission war, die Nichtigkeitsbeschwerde völlig abzuschaffen, und an deren Stelle für die Fälle, wo die Nichtigkeiten dem Beschwerten schon bei der Urtheilsverkündung bekannt sind, die Appellation des §. 1175 der Pr. O., für die Fälle aber, wo ihm die Nichtigkeiten erst später bekannt werden, die Restitution des §. 1253 zu setzen; denn die Beschwerdeführung des §. 1244 wird nach Nr. 3 und 7 auf die Fälle der §§. 123 und 1097 — 99, sodann der §§. 79, 242, 962 und 63 zu beschränken seyn.

Allein theils können die Bestimmungen der §§. 1175 und 1253 nur von wirklichen Urtheilen, und zwar von solchen, welche durch gesetzmäßige Verkündung der Rechtskraft fähig geworden sind, verstanden werden, und es bliebe mindestens die Frage unentschieden, in welchen Fristen und Formen der Beschwerte seine Einsprache gegen Rechtsentscheidungen geltend zu machen habe, welche entweder gar nicht Urtheile sind, oder weder ihm noch seinem legalen Stellvertreter verkündet wurden; z. B. bei mangelnder Legitimatio ad causam oder ad processum; theils hat die Pr. O. bald einzelne Mängel schlechthin mit Nichtigkeit bedroht, bald mit dieser Drohung zugleich eine Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (theils mit, theils ohne Bestimmung ihrer Dauer) verbunden. §. 3, 6, 57, 84, 92. Nr. 1, §. 210, 962, 1252, 1254.

Es kann also dennoch die Absicht der Gesetzgebung nicht gewesen seyn, schlechthin alle Beschwerden wegen Nichtigkeiten an die Formen und Fristen der privilegirten Appellation des §. 1175 und der Restitution des §. 1253 zu binden, wiewohl es beim Mangel an entscheidenden Vorschriften seine Schwierigkeit hat, zu bestimmen, welche Nichtigkeiten als nicht unter den gedachten beiden §§. der Pr. O. stehend zu erachten seien? denn wenn sich dies gleich hinsichtlich derer von selbst versteht, für welche die Pr. Or. ausdrücklich Klagen von anderer Form oder Dauer gegeben hat, so ist es doch zweifelhaft hinsichtlich aller der Nichtigkeiten, für welche das Gesetz entweder keine Nichtigkeitsklage besonders giebt, oder wo sie es zwar thut, deren Form und Dauer aber unberührt läßt.

Indem ich unter diesem Gesichtspunkte die von den Lehrern des gemeinen deutschen Processes gewöhnlich zu den unheilbaren gezählten Nichtigkeiten, unter Vergleichung mit der Pr. Ord., einer nähern Prüfung unterwerfe, glaube ich dabei von folgenden Grundsätzen ausgehen zu müssen:

1) Nichtigkeit ist überall vorhanden, wo es an wesentlichen Voraussetzungen für die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens oder Urtheils fehlt; dies tritt aber nicht blos in den Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich Nichtigkeit androht, sondern auch da ein, wo der Richter ermißt, daß ohne eine bestimmte Form die Absicht des Gesetzes nicht erreichbar sei. Es giebt im Proceß wie im Civilrecht nullitatis ex verbis und ex ratione legis talis.

Zachariä Handbuch I. 65. — L. R. S. 6 k.

2) Auch die civilrechtliche Eintheilung der Nichtigkeiten in solche, welche ipso jure und solche, welche nur per sententiam judicis eintreten **) findet Anwendung auf das Proceßrecht, und auch für Baden wird ungeachtet des L. R. S. 6 h der Begriff der Nichtigkeiten ipso jure dahin festzustellen seyn, daß zu denselben alle Fälle gehören, wo das Gesetz eine Rechtshandlung als *nichtig*, oder *nicht existirend*, oder *unwirksam schlechthin* bezeichnet, ohne zugleich eine Nichtigkeits- oder Restitutionsklage zu ertheilen.

*) Der gem. deutsche Proceß im Vergleich mit dem preußischen und französischen Civilverfahren, dritter Theil, zweite Aufl. S. 117.

**) Zachariä l. c.

Digitized by Google

Denn wenn der Gesetzgeber sich so faßt, so liegt darin der Ausspruch, daß unter den gegebenen Voraussetzungen ein gewisser Vorgang nicht voehanden sei und keine Veränderung in den Rechtsveehältnissen der Staatsbürger erzeuge; dieser Fall ist aber wesentlich verschieden von dem, welchen das Gesetz beim L. R. S. 6 h. im Auge hatte, nämlich von dem, wenn im Gesetz bestimmt ist, daß ein als bestehend anerkanntee Vorgang in bestehenden Rechtsverhältnissen eine Aenderung hervoebringen solle.

Wenn nämlich das Gesetz für diesen Fall sagt: das Bestehen des Vorgangs hebe für sich allein die bestehenden Rechtsverhältnisse nicht kraft Gesetzes auf, sondern gebe nur eine Klage, so ist dies nicht auf die Fälle anwendbar, wo das Gesetz sagt, ein Voegang sei als nicht existirend anzusehen, er habe die Kraft nicht, die bis dahin bestandenen Rechtsverhältnisse der Parteien zu ändeen, oder neue zu erzeugen.

Dort hat das Gesetz den Fall im Auge, wenn zu bestehenden Rechtsverhältnissen ein Vorgang hinzutritt, welchen das Gesetz auch als rechtlich bestehend überhaupt oder mindestens einstweilen anerkennt, hier aber ist der Fall der, daß zu bestehenden Rechtsverhältnissen ein Vorgang zwar faktisch auch hinzutritt, dessen rechtliche Existenz jedoch vom Gesetz nicht anerkannt wird.

Dagegen sind die Fälle, wo das Gesetz neben der Drohung dee Nichtigkeit eine Anfechtungsklage ertheilt hat, allerdings unter den L. R. S. 6 h. zu stellen, denn in der Ertheilung der Klage hat das Gesetz erklärt, daß es den Vorgang, z. B. den Voetrag der Proceßhandlung einstweilen als rechtlich bestehend anerkenne.

3) Die Eintheilung der Nichtigkeiten in heilbare und unheilbare ist zwar in der Pr. O. nicht gemacht, dennoch enthält sie wegen einzelner Nichtigkeiten Bestimmungen, welche denselben den Charakter der Unheilbarkeit unstreitig verleihen, und abgesehen von diesen posltiven Bestimmungen, ist der im gemeinen Recht schon recipirte Grundsatz festgehalten, daß unheilbar alle die Nichtigkeiten sind, welche ein Recht verletzen, auf das der Verletzte entweder an und füe sich, odee vermöge der besondern Beschaffenheit des Falles nicht durch unterlassenen Gebrauch der oedentlichen Rechtsmittel verzichten könnte.

Gönner Handbuch III. S. 369 (Abhandlung übee unheilbare Nichtigkeiten), vergl. Mittermaier l. c. S. 121 und Pr. O. §. 3, §. 92 Nr. 1, §. 962 Abs. 2 und §. 1252.

A. Was nun zunächst die von der Person des Richters herrührenden Nichtigkeiten anlangt, so wirkte gemeinrechtlich

a) Mangel aller richterlichen Gewalt, und in gleicher Weise Mangel der Competenz, welche durch Prorogation nicht gehoben ist und nicht gehoben werden kann, eine unheilbare Nichtigkeit *).

Beide Nichtigkeitsgründe beruhen auf dem Begriff der richterlichen Verhandlung und Entscheidung.

Ein Urtheil ist der entscheidende Ausspruch übee ein streitiges Privatrecht, welcher von einer Person ausgeht, der das Gesetz entweder im Allgemeinen, oder unter gewissen besondern Voraussetzungen, die Befugniß dazu verliehen hat; wenn nun ein solcher Ausspeuch von einer Person ausgeht, welcher diese Befugniß überall nicht zukömmt, so ist gar kein Urtheil vorhanden, und alles, was die Gesetze über Rechtskraft der Urtheile und die Form der Rechtsmittel sagen, ist auf solche unbefugt erlassene Aussprüche nicht anwendbar.

Diese Gattung der Nichtigkeiten würde also schon der Natur der Sache nach auch ohne alle Bestimmung der Pr. O. mit der Rechtswiekung fortbestehen, daß einem Jeden, welcher solche Aussprüche und die ihnen zum Grund liegenden Verhandlungen vor dem unzuständigen Richter für sich anführte, die Einrede der Nichtigkeit wegen Inkompetenzen entgegenstünde.

Ueberdies hat aber die Pe. O. im §. 3 den Grundsatz noch ausdrücklich bestätigt, indem sie festsetzte, „daß jede Verfügung oder Entscheidung, welche die Verwaltungsstellen, in anderm als den durch §. 2 vor sie gewiesenen Fällen erlassen, nichtig sei."

Der Sinn dieser Bestimmung ist nach dem oben unter Ziff. 2 Ausgeführten nicht der, daß solche Urtheile einstweilen und bis auf Anfechtung und Richterspeuch als Urtheile rechtlich bestehen, sondern er ist im Gegentheil der, daß sie jederzeit als rechtlich nicht bestehend angesehen werden müssen.

Schon daraus ergiebt sich, daß diese Nichtigkeit weder in dee Form der Appellation des §. 1175, noch in jener der Restitution des §. 1253 geltend gemacht werden muß. Es würde aber auch ohne diese gesetzliche Bestimmung aus der Natur der Sache schon um deswillen folgen, weil eine Administrativstelle außer den Ausnahmsfällen des §. 2 der Pr. O. gar keine Gerichtsbarkeit hat, weil deshalb kein Staatsbürger sich in der Lage befindet, durch Unterlassung der Appellation des §. 1175 in der Restitution des §. 1253 auf die Einrede der Inkompetenz verzichten, d. h. der Administrativstelle durch Prorogation eine ihr vom Staat im Allgemeinen nicht verliehene Richtergewalt ertheilen zu können.

Dieselbe ratio tritt bei allen andern Entscheidungen ein, welche von Stellen oder Personen ausgehen, die in gleicher Weise unbefugt sind; also namentlich von Privatpersonen,

*) Bayer Vortr. zu Mart. Lehrb. pag. 510 und 517; und L. 81 D. 5. 1. L. 1. §. 2. D. 2. 2. L. 170. D. 50. 17. c. 1 seq. C. 7. 48. c. 1. C. 3. 13. Vergl. bad. Nullitätened. v. 1804 II. 3 — 5.

Digitized by Google

denen ſich der Verurtheilte gar nicht *) durch Schiedsvertrag unterworfen hat, der an ſich inkompetenten Gerichte, falls der Beklagte nicht in der Lage war, ausdrücklich oder ſtillſchweigend prorogiren zu können, alſo z. B. wenn er für ſeine Perſon oder für den Gegenſtand **) einen abſolut privilegirten Gerichtsſtand hatte; oder wenn es an der gehörigen Eröffnung der Ladungen und des Urtheils fehlte.

b) Eine weitere Nichtigkeit des gemeinen Rechts involvirt es, wenn der Richter bei der Sache eigenes Intereſſe hat, oder ſonſt zur Ausübung des Richteramts unfähig iſt ***). In Uebereinſtimmung hiermit erklärt der §. 57 der Pr. O. „alles Verfahren vor dem unfähigen Richter und jede Verfügung oder Entſcheidung deſſelben für nichtig; ohne daneben noch beſonders eine Nichtigkeitsklage zu geben.“

Dieſe Nichtigkeit muß im Weſentlichen, aus denſelben Gründen wie die vorige, zu den unheilbaren, im Sinne des badiſchen Proceßrechts, gezählt werden; d. h. ſie iſt an die Formen der §§. 1175 und 1253 nicht gebunden. Denn ob das Geſetz dem, welcher eine Rechtsſache entſcheidet, gar nie Richtergewalt verliehen, oder ob es ihm ſolche zwar im Allgemeinen verliehen, in Bezug auf dieſen Fall aber ausdrücklich entzogen hat, dies iſt für Begriff und Bedeutung ſeiner Entſcheidung von gleicher Wirkung, nämlich ſie iſt im einen wie im andern Fall kein Urtheil.

Ueberdieß kommen hier die oben Nr. 2 entwickelten Grundſätze in Anwendung.

c) Mit der im gemeinen Recht dem Verfahren und Urtheil eines beſtochenen Richters gedrohten abſoluten Nichtigkeit †) würde es ſich eben ſo verhalten; der beſtochene Richter würde dem Richter in eigener Sache gleich zu achten ſeyn, wenn nicht durch §. 1252 beſtimmt wäre, daß der Theil, deſſen Gegenpartei den Richter beſtochen hat, eine dreißig Jahre dauernde Reſtitutionsklage habe.

d) Die im gemeinen Recht angenommene Nichtigkeit der durch direkten oder indirekten Einfluß des Kabinets oder einer andern höhern Gewalt zu Stande gekommenen Urtheile beruht nicht ſowohl auf poſitiven Vorſchriften, als darauf, daß durch ſolchen Einfluß das Urtheil in ſeinem Begriff und Weſen zerſtört iſt ††).

Nur der in ſeiner Stellung unabhängige Richter iſt vom Geſetz für befugt erklärt, Prozeſſe zu entſcheiden, nur ſein Ausſpruch iſt daher ein Urtheil im Sinne des Geſetzes; was er durch höhern Befehl oder Zwang thut, iſt nicht ſeine Handlung, nicht ſein Ausſpruch, ſondern der des unberufenen Machthabers, alſo kein Urtheil.

Dieſer Grundanſicht entſprechend iſt die Beſtimmung der Pr. O. §. 6, wornach alle ſolche Urtheile nichtig „und zu allen Zeiten ohne Rückſicht auf irgend eine Verjährung anzufechten ſind.“

B. Bezüglich auf die Perſonen der ſtreitenden Theile erklärt

e) das gemeine Recht jedes gegen einen nicht bevollmächtigten Anwalt ergangene Urtheil für nichtig, in Bezug auf den Herrn des ſtreitigen Rechts, deſſen Stelle der Anwalt vertrat *).

Dieſe Nichtigkeit folgt aus der Natur der Sache: der Anwalt im Proceß kann die Partei nur vermöge eines von ihr erhaltenen Auftrags verpflichten, fehlt es an dieſem und zugleich an einer nachträglichen ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Genehmigung (wofür freilich das Unterlaſſen der Appellation, im Fall der Urtelsverkündung an die Partei, ſelbſt zu nehmen wäre), ſo iſt kein Auftrag vorhanden, und die Handlungen des Anwalts ſind die eines Dritten für den Herrn des Prozeſſes.

Aus dieſen dem Civilrecht angehörenden Gründen iſt es nicht zweifelhaft, daß ein Urtheil in Bezug auf die Partei als nicht ergangen betrachtet werden muß, welche bei der Verhandlung und Urtheilsverkündung nicht ſelbſt zugegen und von einem durch ſie weder vor noch nachher legitimirten Sachwalter vertreten war.

Wäre dagegen durch Verkündung des Urtheils der Partei die Möglichkeit verſchafft, den Mangel im Wege der durch §. 1175 und 1253 gegebenen Rechtsmittel zu verbeſſern, ſo läge allerdings in dem fruchtloſen Abfluß der für beide Fälle gegebenen 42tägigen Nothfriſt ein ſtillſchweigender Verzicht, eine Ratihabition der Handlungen des Anwalts.

Dieſer Fall wäre auch immer noch weſentlich verſchieden von dem, wenn auf Verhandlungen mit der Partei ſelbſt oder ihrem gehörig bevollmächtigten Anwalt das Urtheil zwar erlaſſen, aber weder dem Verurtheilten ſelbſt noch deſſen Anwalt verkündet worden wäre.

In dieſem Falle würden zwar dem Kläger aus dem Urtheil die Einrede der mangelnden Rechtskraft entgegenſtehen, daſſelbe aber, ſo wie die ihm zu Grund liegenden Verhandlungen könnten nicht als nichtig angefochten werden.

f) Ein weiterer gemeinrechtlicher Nichtigkeitsgrund iſt die

---

*) Anders wäre der Fall, wenn ein Schiedsvertrag zwar vorläge, der jedoch wegen Betrugs ꝛc. angefochten werden könnte, hier wäre die Kompetenz des Schiedsrichters einſtweilen nur bis zur Aufhebung des Schiedsvertrags rechtlich beſtanden, ſeine Urtheile unterliegen daher auch nur einer Anfechtung und wären nicht ipso jure nichtig.

**) Z. B. P. O. §. 32 und 41 und L. R. A. S. 51.

***) Bayer C. c. und L. 10 D. 2. 1. L. 12. §. 2. D. 5. 1. c. un. C. 3. 5. Vergl. Nullitätened. II. 6.

†) Bayer a. a. O. u. c. 7. C. 7. 64. Nullitätened. II. 6.

††) Vergl. Bayer a. a. O. Martin S. 6.

*) Bayer a. a. O. und c. 24. C. 2. 13. L. 56. D. 5. 1. Nullitätened. II. 11.

Digitized by Google

Unfähigkeit einer Partei, vor Gericht zu ſtehen *). — Das badiſche Landrecht erklärt die Rechtsgeſchäfte der nicht rechtsmächtigen Ehefrauen, Minderjäheigen und Mundloſen nicht für kraft Geſetzes nichtig, ſondern nur für anfechtbar durch dieſe Rechtsunmächtigen. L. R. S. 225 und 1125.

Die Pr. O. §. 84 weicht davon in ſo weit ab, daß ſie auch der Gegenpartei der Rechtsunmächtigen die Nichtigkeitsklage gegen die Urtheile in ſo lange geſtattet, als nicht der rechtsunmächtige Theil oder deſſen Stellvertreter das nichtige Verfahren gebilligt hat.

Die Natur dieſer Nichtigkeit beingt es mit ſich, daß ihre Geltendmachung nicht an die Formen der §§. 1175 u. 1253 gebunden ſeyn kann; denn die dem Rechtsunmächtigen geſchehende Urtheilsverkündung kann rechtlich als eine ſolche nicht angeſehen werden, er iſt nicht fähig, durch Nichtgebrauch der genannten Rechtsmittel auf iegend ein Recht zu verzichten.

g) Mangel an gehöriger Vertretung der Peeſonen, die eines Vormunds bedürfen, iſt ein weiterer gemeinrechtlicher Nichtigkeitsgeund bei Urtheilen, welche dieſen Perſonen nachtheilig ſind **).

Die Pr. O. giebt aber in dieſem Fall dem Minderjährigen und Entmündigten nur eine Wiederherſtellungsklage, welche nach beendigter Vormundſchaft noch vier Jahee dauert, und auf Fälle beſchränkt iſt, wo der thatſächliche Theil der ſtattgehabten Vertretung mangelhaft war. P. O. §. 1254 ꝛc.

h) Mangel an dee Sachlegitimation ***) wirkt nach §. 92 Nr. 1 der Pr. O. Nichtigkeit in Bezug auf den eigentlichen Herrn des Streitgegenſtands, als einen duech die Handlungen der nicht legitimirten Streitführer nicht gebundenen Deitten.

Dieſe Nichtigkeit tritt nach der Faſſung des Geſetzes und nach der Natur der Sache ipso jure ein, es iſt dem dritten Herrn des Streitgegenſtandes nicht möglich, ſtillſchweigend durch Nichtgebrauch der Rechtsmittel auf ſein Recht der Anfechtung zu verzichten, und das gegen den Dritten zue Sache nicht Legitimirten ergangene Urtheil iſt füe ihn kein Urtheil, die mit dem Dritten, Unberechtigten gepflogenen Verhandlungen ſind für ihn keine Verhandlungen, es wäre denn, daß das auf Verhandlung mit dem Nichtberechtigten ergangene Urtheil dem Herrn des Streitgegenſtandes ordentlich verkündet worden wäee; denn in dieſem Falle würde der Nichtgebrauch des duech §. 1175 gegebenen Rechtsmittels allerdings einen Veezicht mit ſich bringen.

Andernfalls aber iſt hier der §. 1175 und 1253 nicht anwendbar, ſondern das Urtheil muß in Bezug auf den Herrn des Streitgegenſtandes ſchlechthin als nicht ergangen angeſehen werden, ee kann ſein Recht durch Klage oder Einreden vor Gericht geltend machen, ohne daß ihm das Urtheil entgegengehalten werden kann *).

i) Einen weitern Nichtigkeitsgrund des gemeinen Rechts, wenn nämlich in Sachen einer bereits verſtorbenen Partei geurtheilt iſt, hat ſchon das badiſche Nullitätenedikt von 1804 und eben ſo die Pr. O. unbeachtet gelaſſen, was um ſo füglichee geſchehen konnte, da auf der einen Seite die Vollmacht einee Partei auch auf ihre Erben gerichtet iſt (Pr. O. §. 140 Nr. 6) und auf dee andern Seite durch §. 1193 beim Tod einer Partei die Nothfriſten zum Vortheil ihrer Erben hinausgeſchoben werden.

C. Hinſichtlich der Nichtigkeiten, welche, wie der j. R. Abſchied §. 122 ſich ausdrückt, insanabilem effectum ex substantialibus processus nach ſich ziehen, waren bekanntlich die Rechtslehrer über die Bedeutung der Worte, substantialia processus im Streit, die meiſten entſchieden ſich dafür, daß daeunter nur die weſentlichen Theile des Verfahrens zu verſteden ſeien, Andere vertheidigten mit ſchwachen Gründen die Anſicht, daß nicht allein die Form des Verfahrens, ſondern auch die materielle Entſcheidung der Sache unter den Ausdrücken zu verſteden ſei.

In dieſer Beziehung nun wurden häufig für nichtig gehalten:

k) Urtheile ohne vorgängiges hineeichendes Gehör,

l) Urtheile gegen einen Abweſendeu, ohne Beobachtung des Contumacialverfahrens,

m) ſolche die nicht ſchriftlich redigirt wurden,

n) Urtheile, welche auf etwas an ſich Unmögliches erkannten, und

o) welche gegen das ausdrückliche Geſetz oder ein früheres rechtskräftiges Urtheil anſtießen.

Mit Ausnahme des letzten ſind dieſe Nichtigkeitsgründe in das badiſche Nullitätenedikt aufgenommen worden, und umgekehrt hat die Pr. O. nur den letztern in §. 1175 aufgenommen, und die andern mit Stillſchweigen übergangen.

Es ſcheinen auch ad k und l die Rechtsmittel der Apellation und Reſtitution vollkommen auszureichen, indem da, wo die Contumacialerkenntniſſe nicht an die Partei ſelbſt

*) Bayer a. a. O. u. L. 9. D. 42 1. — c. 6. C. 3. 1.

**) Bayee a. a. O. u. L. 45. §. 2 D. 42. 1. c. 1. C. 3. 6. c. 4. C. 2. 41. c. 6. C. 7. 43.

***) Bayer a. a. O. u. L. 3. D. 40. 16. Vergl. Nullitätened. II. 10.

*) Das unterrheiniſche Hofgericht iſt jedoch in einee Entſcheidung von der Anſicht ausgegangen, daß ein Gläubiger mit der Klage abzuweiſen ſei, weil ein Dritter, Unberechtigter dieſelbe Klage vorher angeſtellt hatte, und damit abgewieſen war, der Gläubiger aber nicht im Weg der Appellation oder Reſtitution die Aufhebung dieſes nichtigen Urtheils bewiekt hatte.

Ann. III. 122.

Digitized by Google

oder in den dazu geeigneten Fällen durch öffentliche Bekanntmachung nach Vorschrift der §§. 272 — 277 eröffnet worden sind, und wo andere Urtheile weder der Partei, noch ihrem Bevollmächtigten verkündet wurden, noch keine Nothfristen laufen, da aber, wo die Eröffnung vorschriftmäßig geschah, in Versäumung der Fristen des §. 1175, 1195, dann der §§. 658 und 661 und endlich jene des §. 1253 ein Verzicht läge *).

Zu m. Mag zwar der Mangel der schriftlichen Redaktion eines Urtheils dem Obsiegenden bei der Vollzugsklage den Beweis erschweren, allein in so fern, als es daran nicht fehlt, ist das sonst gültig erlassene und verkündete Urtheil, auch ohne schriftliche Redaktion vorhanden, mithin, beim Mangel einer ausdrücklichen Nichtigkeitsdrohung im Gesetz, auch gültig.

Zu n. Ist es nicht auffallend, daß die Pr. O. die Nichtigkeit eines Urtheils, das auf etwas physisch oder moralisch Unmögliches geht, nicht besonders ausspricht, da ein solches Urtheil nie Gegenstand der Vollstreckung werden könnte. L. R. S. 1172, vergl. Mittermaier l. c S. 124.

Zu o. Ohnerachtet die bessern Lehrer des gem. d. Prozesses eine unheilbare Nichtigkeit wegen Beschwerden in der materiellen Entscheidung eines Prozesses nicht annehmen **), und das bad. Nullitätenedikt (III. 24 b. c.) solchen Mangel ausdrücklich für einen nicht unheilbaren erkläet, so hat dennoch die Pe. O. hier die peivilegirte Appellation des §. 1175 gestattet, obwohl beschränkt auf den Fall, wenn ein unwahrer Rechtssatz, auf welchen die Entscheidung sich stützt, ausdrücklich in den Entscheidungsgründen angeführt ist.

Abgesehen von den Zweifeln, welche sich gegen die Begünstigung einer von dem Verstoß gegen das klare Gesetz hergenommenen Beschwerde, im Gegensatz von jenen, welche von irrigen Voraussetzungen in facto hergeleitet sind, erheben lassen; muß es auffallen, daß die bad. Pr. O. nicht mindestens den Fall, wenn der Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils in den Entscheidungsgründen falsch angeführt ist, dem in §. 1175 Nr. 4 angeführten gleich setzte.

Die Gründe, welche Mittermaier a. a. O. S. 124 gegen die Statuirung einer Nichtigkeit wegen Verstoß gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß anführt, so entscheidend solche auch nach gemeinem Recht sind, können bei der im §. 1175 Nr. 4 der badischen Pe. O. zum Vortheil der Beschwerden gegen Urtheile contra jus in thesi gegebenen Bestimmung, der gleichen Begünstigung der Beschwerden gegen ein Urtheil, das wider ein rechtskräftiges Erkenntniß anstößt, nicht entgegengehalten werden.

Trefurt.

Anm. der Red. Dieses hier aufgestellte System von Nichtigkeiten scheint mir durch unsere Pr. O. nicht begründet.

Mein vereheter Freund bemerkt im Eingange des Aufsatzes selbst, daß es die Absicht der Gesetzgebungskommission gewesen zu seyn scheine, die Geltendmachung aller Nichtigkeiten auf den Weg der Appellation oder Restitution zu verweisen.

Allein es könne dies dennoch nicht angenommen werden, weil immer noch die Frage unentschieden bleibe, wie Einsprachen geltend gemacht werden sollen gegen Rechtsentscheidungen, welche

1) gar keine richterliche Urtheile seien,

2) oder weder den Betheiligten, noch ihren gesetzlichen Stellvertretern verkündet wurden, sodann auch, weil das Gesetz

3) bald einzelne Mängel schlechthin mit Nichtigkeit bedrohe, bald damit eine Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (theils mit, theils ohne Bestimmung ihrer Dauer) verbinde.

Darauf möchte ich erwidern:

Zu 1. Die beiden Wege, welche die Pr. O. bezeichnet, nämlich die Appellation und Restitution sind allerdings nur bestimmt, Beschwerden gegen richterliche Entscheidungen geltend zu machen, und nur gegen solche geben auch die §§. 1165, 1172 und 1251 diese Rechtsmittel ausdrücklich.

Ob aber das Urtheil des Richters, d. h. des Beamten, welcher über die in Frage stehende Art von Streitigkeiten überhaupt eine richterliche Gewalt hat, rechtsbeständig oder nichtig sei? — Darüber kann nicht, wie über die Giltigkeit eines andern Rechtsgeschäfts klagend und einredend, sondern nur in den Formen der bezeichneten zweierlei Rechtsmittel gestritten werden.

Zu 2. Wenn die Urtheile, welche den Betheiligten oder ihren gesetzmäßigen Vertretern noch nicht eröffnet sind, gegen diese noch keine Wirkung haben, von denselben aber, nachdem sie ihnen gehörig eröffnet sind, nur noch im Wege der Appellation oder Restitution angefochten werden können, so liegt hierin nichts Singuläres; die von der Pr. O. allgemein bezeichneten Rechtsmittel reichen aus, und nur der Anfang der dafür laufenden Fristen ist verschieden, je nachdem sogleich die erste Verkündigung an den wahren Betheiligten oder dessen gesetzmäßigen Vertreter, oder nachdem sie zuerst an einen Andern und erst später noch an ihn selbst geschah.

Zu 3. Der Umstand, daß ein Akt vom Gesetz schlechthin mit Nichtigkeit bedroht ist, hindert nicht, daß derselbe in

*) Die Restitutionsklage des letzten §. würde dem verurtheilten Abwesenden natürlich nur dann zu statten kommen, wenn es an wesentlichen Voraussetzungen des Verfahrens, z. B. ordentlicher Vorladung und rechtlichem Gehör gefehlt hätte; außerdem hätte er nur die Restitution des §. 661, welche jedenfalls auch genügen würde.

**) Mittermaier a. a. O. S. 123. Linde Lehrb. §. 421. Martin Lehrb. 11te Aufl. §. 294 und 295. Bayer Vorte. S. 518 und 519.

Digitized by Google

den von der Pr. O. allgemein vorgeschriebenen Formen, nämlich im Wege der Appellation, oder wenn die Nichtigkeit erst später bekannt wurde, nach §. 1252 und 1253 im Wege der Restitution verfolgt werden müsse, es sei denn, daß für einen besondern Fall etwas Anderes festgesetzt ist, was als Ausnahme gilt und auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden darf.

Die Pr. O. enthält aber nur einen einzigen solchen Ausnahmsfall, nämlich die mehr auf politischen Rücksichten, als auf der Konsequenz des Gesetzes beruhende Bestimmung des §. 6, wornach eine richterliche Entscheidung, die durch Zwang oder Machtgebote höherer Gewalt ihre Entstehung erhalten hat, ohne Rücksicht auf irgend eine Verjährung nichtig, ihre Anfechtung also auch nicht an die Fristen der Appellation oder Restitution gebunden ist.

Der §. 3 der Pr. O. enthält zwar eine ähnliche Bestimmung, allein er handelt nur von der durch eine Verwaltungsbehörde selbst gegebenen Entscheidung, kann also nicht als eine Ausnahme von der Regel erscheinen, daß civilrichterliche Erkenntnisse (die besondern Fälle der Beschwerdeführung §. 1244 abgerechnet) nur im Wege der Appellation oder der Restitution angefochten werden können, und es ist wohl natürlich, daß gegen die Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde oder Andrer, die keine richterliche Gewalt haben, nicht die nämlichen Rechtsmittel angewiesen sind, wie gegen Erkenntnisse des Civilrichters.

Auch der §. 210, wornach schiedsrichterliche Erkenntnisse auf den Grund der Ungiltigkeit des Schiedsvertrags oder wegen Ueberschreitung der Grenzen desselben mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werden können, enthält keine Ausnahme von der angegebenen Regel, da es sich hier eben um die Vorfrage selbst handelt, ob und von welchem Umfange einer Person, die kein im Allgemeinen vom Staat ihr übertragenes Richteramt hat, kraft Vertrags der Parteien eine Art richterlicher Gewalt zukomme, und welcher eben so auch das Gesetz nicht wie dem Civilrichter (§. 54) ein Erkenntniß über ihre eigene Kompetenz zugewiesen hat.

Wenn endlich noch der §. 962 der Pr. O. davon spricht, daß ein im Vollstreckungsverfahren vorgenommener Akt — z. B. eine Versteigerung ꝛc. — unter gewissen Voraussetzungen (außer dem Wege der Rechtsmittel, mittelst einer Nichtigkeitsklage) als nichtig angefochten werden könne, so bezieht sich dies ebenfalls nicht auf Entscheidungen des Richters, sondern auf Handlungen der Vollstreckungsbeamten, und es versteht sich von selbst, daß solche Veräußerungen, Verpachtungen und ähnliche gemeine Rechtsgeschäfte, welche in Bezug auf die in der Vollstreckung begriffenen Güter vorgenommen wurden, direkt weder mittelst einer Appellation, noch Restitution, sondern nur mittelst einer Nichtigkeitsklage umgestoßen werden können.

Den auf politischen Rücksichten beruhenden §. 6 der Pr. O. (so wie die im §. 53 erwähnten Konflikte mit den Verwaltungsbehörden, wenn man solche hieher ziehen will) abgerechnet, steht also die Regel fest, daß alle Nichtigkeiten gleich andern Beschwerdegründen gegen richterliche Urtheile nur im Wege der Appellation oder der Restitution geltend gemacht werden können.

Darnach bin ich mit mehreren im obigen Aufsatze unter a — o aufgeführten Entscheidungen einzelner Fragen nicht einverstanden.

Was namentlich

zu a., den Mangel der Kompetenz betrifft, so begründet derselbe, sofern er nicht durch Prorogation giltig gehoben ist, ohne Zweifel eine Nichtigkeit, allein es ist kein gesetzlicher Grund da, anzunehmen, daß diese Nichtigkeit in einem andern Wege, als in jenem der Appellation oder Restitution geltend gemacht werden könne.

Der Fall, wo gar kein richterliches Urtheil vorhanden ist, sondern etwa eine Verwaltungsbehörde oder ein Anderer, dem keine civilrichterliche Gewalt zusteht, eine Entscheidung gab, ist von dem Falle, wo diese Entscheidung wirklich vom Richter, jedoch nur vom unzuständigen ausgieng, wesentlich verschieden, und ein Schluß von dem Einen auf den Andern um so weniger zuläßig, als der Richter nach §. 54 der Pr. O. über seine Zuständigkeit selbst zu erkennen hat, eine gleiche Befugniß aber Demjenigen, der kein Richteramt bekleidet, in Bezug auf bürgerliche Rechtssachen nicht zukommt.

Aus gleichem Grunde darf man auch, wie schon oben bemerkt, den §. 210, wornach ein Schiedsspruch wegen Ueberschreitung der Grenzen der Entscheidungsbefugniß der Schiedsrichter mit einer Nichtigkeitsklage vor dem ordentlichen Richter angefochten werden kann, keine analoge Anwendung auf die unzuständig erlassenen Erkenntnisse des Staatsbeamten geben, dessen richterliche Gewalt nicht blos auf einem, den Gegenstand einer eigenen Klage bildenden, Vertrag, sondern auf dem Gesetze selbst beruht, und welcher nach besonderer gesetzlicher Vorschrift über den Umfang seiner Zuständigkeit selbst zu erkennen hat, was dem Schiedsrichter nicht eingeräumt ist.

Im Allgemeinen unterscheide ich also den Fall, wo Jemand ohne Gerichtsbarkeit erkannt hat, von jenem, wo er nur unzuständig erkannte.

Hat auch eine Richterstelle über eine Art von Streitigkeit, worüber ihr gar keine Gerichtsbarkeit zusteht, z. B. ein Bezirksamt über eine Ehescheidung erkannt, so müßte dieses Erkenntniß gleichwohl nicht im Wege eines Rechts

Digitized by Google

mittels angefochten werden, sondern es wäre, da das Bezirksamt über Ehescheidungen gar keine Gerichtsbarkeit hat, gleich dem desfallsigen Ausspruche irgend eines Andern, der keine richterliche Gewalt hat, als gar nicht vorhanden zu betrachten, es wäre ihm keine Wirkung zuzuschreiben.

Handelt es sich aber um ein wirkliches richterliches Erkenntniß, d. h. um das Urtheil des Beamten, dem über die fragliche Art von Streitigkeiten eine richterliche Gewalt überhaupt zusteht, der aber für den einzelnen Fall nicht zuständig war, so handelt es sich um die Nichtigkeit eines richterlichen Erkenntnisses, welche Nichtigkeit nur durch die von der Pr. O. vorgeschriebenen Rechtsmittel geltend gemacht werden kann.

Da nun vorausgesetzt wird, daß der Mangel der Zuständigkeit durch Prorogation nicht gehoben sei, und die Prorogation nach den §§. 34 und 35 schon durch die ohne Vorschützung der Unzuständigkeit erfolgende Einlassung auf die Klage begründet wird, so sind nur drei Fälle möglich, in welchen die Nichtigkeit wegen Unzuständigkeit des Richters geltend gemacht werden könnte:

1) wenn der Beklagte sich vor dem unzuständigen Richter gar nicht einläßt, sofort ein Versäumungserkenntniß gegen ihn erfolgt und ihm nach §. 657 behändigt wird,

2) wenn er bei der Einlassung die Unzuständigkeit zwar vorgeschützt, der Richter aber diese Einrede, ohne darüber besonders zu erkennen, gar nicht beachtet und geradezu in der Hauptsache selbst entschieden hat,

3) wenn eine Partei wegen Vertragsunfähigkeit nach §. 34 giltig gar nicht prorogiren konnte.

Daß in den beiden erstern Fällen die Partei, die das Urtheil eines unzuständigen Richters gegen sich hat, nur innerhalb der gesetzlichen Fristen von der Eröffnung an ein Rechtsmittel dagegen ergreifen, im Uebrigen aber später das Urtheil weder mit einer Nichtigkeitsklage, noch mit einer Einrede beseitigen kann, wird wohl nach dem oben Gesagten keinem weitern Zweifel unterliegen; aber auch hinsichtlich des dritten Falles wird sich aus dem Gesetze etwas Anderes nicht begründen lassen.

Nach §. 84 der Pr. O. kann zwar, wenn einer Partei die Rechtsfähigkeit fehlte, das Verfahren als nichtig angefochten werden, allein es ist nicht gesagt, daß eine Nichtigkeitsklage Statt finde, oder daß überhaupt diese Nichtigkeit in andern Fristen und in andern Formen verfolgt werden könne, als dies durch die von der Pr. O. bezeichneten Rechtsmittel für die Beschwerden gegen richterliche Urtheile (sei es wegen Nichtigkeiten oder wegen anderer Verletzungen) überhaupt vorgeschrieben ist.

Dabei versteht es sich von selbst, daß die Fristen zu Ergreifung dieser Rechtsmittel erst von dem Tage an laufen können, an welchem die Verkündung des Urtheils in gesetzmäßiger Weise, also entweder an den gesetzlichen Vertreter des Rechtsunfähigen, oder an die inzwischen rechtsfähig gewordene Partei selbst geschah.

Eine an den Rechtsunfähigen erfolgte Verkündung gilt nicht, und diese Ungiltigkeit kann, wenn es sich um Nachweisung der Rechtzeitigkeit des ergriffenen Rechtsmittels handelt (§. 1214), dargethan werden, um dem Rechtsmittel Eingang zu verschaffen, aber es wird dadurch kein, von den Formen der gemeinen Rechtsmittel abweichendes, Verfahren, nicht die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsklage oder Einrede begründet, soweit es sich in letzterer Beziehung nicht etwa blos um die, wie gegen jedes andere noch nicht gehörig verkündete Urtheil, im Vollstreckungsverfahren zulässige Einsprache (§. 945) handelt, daß das Urtheil noch nicht gehörig verkündet, beziehungsweise die Frist zu Rechtsmitteln noch nicht abgelaufen, das Urtheil selbst also noch nicht vollzugsreif sei.

Zu b. Eben so sagt der §. 57 der Pr. O., wornach das Verfahren vor dem unfähigen Richter, jede Verfügung oder Entscheidnng desselben, nichtig ist, keineswegs, daß diese Nichtigkeit nicht an die für Rechtsmittel gegen nichtige oder sonst beschwerende Urtheile vorgeschriebenen Fristen und Formen gebunden sei. Es wird daher gegen ein solches Erkenntniß nur die Appellation (nach §. 1175 Nr. 3 selbst ohne das Daseyn der Appellationssumme), oder wenn der Partei der Nichtigkeitsgrund erst später bekannt wird, nach den §§. 1252 u. 1253 die Restitution helfen können.

Ein besonderer Beweis hiefür liegt namentlich noch

zu c. in der Bestimmung des §. 1252 Nr. 5, wornach selbst im Falle einer durch Bestechung des Richters entstandenen Unfähigkeit nur die innerhalb 42 Tagen, vom Tage der von der Bestechung erhaltenen Kenntniß an, zu erhebende Wiederherstellungsklage, nicht aber eine zu beliebiger Zeit zu erhebende Nichtigkeitsklage oder Einrede Statt findet.

Zu e. Die Fälle, da eine Partei durch einen nicht bevollmächtigten Anwalt vertreten wurde, oder

zu f. da sie zwar selbst erschien, aber zur gerichtlichen Verfolgung der Sache rechtsunfähig war, ihr also das Urtheil giltig nicht verkündet werden konnte, oder

zu h. da die handelnde Partei zur Sache nicht legitimirt war, das Erkenntniß gegenüber dem wirklich Betheiligten nach §. 92 Nr. 1 also nichtig ist, und an diesen die Urtheilsverkündung nicht geschah, —

alle diese Fälle sind dem Falle gleich zu achten, in welchem bei sonst ganz rechtsbeständigem Verfahren das Erkenntniß der Partei überhaupt noch nicht eröffnet ist.

Es ist zur Geltendmachung der in jenen drei Fällen vorhandenen Nichtigkeit kein anderer Weg, als der der gemeinen Rechtsmittel offen gelassen oder vorgeschrieben; die Fristen zu diesen Rechtsmitteln können ihnen aber nicht laufen, so lang ihnen das Urtheil nicht eröffnet ist, so lang also die Eröffnung namentlich nicht an die durch einen nicht bevollmächtigten Anwalt vertretene Partei selbst, an die gesetzlichen Vertreter des Rechtsunfähigen, oder, so fern dieser inzwischen rechtsfähig wurde, an ihn als Rechtsfähigen, oder, wenn die handelnde Partei zur Sache nicht legitimirt war, an den wahren Betheiligten selbst geschah. Ich beziehe mich in dieser Hinsicht auf das oben zu a Gesagte. D. R.

Digitized by Google

II.

Hofgericht am Unterrhein.

Rechtsfall. Die Gant bewirkt keine Vermögensabsonderung, also auch keine Auflösung der Gütergemeinschaft.

J. S. des Franz Karl Werner in Waibstadt uxor. noc. Kläger, gegen den großh. Domänenfiskus, Beklagten; Entschädigungsforderung von 137 fl. für Haltung des Faselviehes in Waibstadt betreffend,

wurde in der öffentlichen Sitzung vom 13. d. M., untee Anerkennung des Satzes, daß durch die Gant keine Vermögensabsonderung bewirkt, folglich die Gütergemeinschaft nicht aufgelöst werde, folgendes Erkenntniß erlassen:

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß der Kläger die für seine Frau angestellte Klage dahin begründet, daß sie nach Auflösung des mit dem Beklagten bestandenen Pachtvertrags, laut dessen der jeweilige Domänenpächter für die Gemeinde Waibstadt das Faselvieh zu halten hatte, das Faselvieh für die Gemeinde theils auf Befehl des Stadtrathes, theils dem Wunsche der Gemeinde gemäß übernommen, und bis zum Abschluß des Vertrags mit dem neuen Domänenpächter 66 Tage lang, nämlich vom 2. Febr. bis 8. April 1826 gehalten und dafür eine Entschädigung von 137 fl. 30 kr. (welcher Betrag specificirt ist) zu fordern habe;

in Erwägung, daß Beklagterseits die zerstörliche Einrede der Compensation, und zwar als proceßhindernde Einrede, gemäß §. 300 der Pr. O., vorgeschützt ist, indem unter Berufung auf die vorhandenen Gantakten behauptet wird, der Fiskus habe in dem Concurse gegen den Kläger 159 fl. 17 kr. verloren, die Frau lebe mit dem Kläger in gesetzlicher Gütergemeinschaft, deßhalb sei die jetzt eingeklagte Forderung eine Gemeinschaftsforderung, welche sich mit der größern Gemeinschaftsschuld compensire; wenn aber auch die Frau nicht in Gemeinschaft lebe, so müsse den Gläubigern dieselbe Befugniß gegen den Mann zustehen, wie diesem gegen seine Gläubiger, folglich compensire sich gemäß L. R. S. 1294 b. die eingeklagte Forderung der Frau mit der Schuld des Mannes;

in Erwägung, daß der Kläger, unter Zugestehung der rücksichtlich seiner Gant behaupteten Thatsachen, die Einrede der Compensation verwirft, weil die Frau, bei der durch den Gantausbruch gesetzlich nothwendig gewordenen und vollzogenen Vermögensabsonderung, sich der Gütergemeinschaft entschlagen habe, und dieses, wenn es auch nicht ausdrücklich geschehen, doch theils aus der Liquidirung ihres Beibringens in der Gant hervorgehe, theils auch gemäß L. R. S. 1463 präsumirt werden müsse und weil der L. R. S. 1294 b. hier keine Anwendung finde;

in Erwägung, daß laut der vorhandenen Gantakten die Gant gegen den Kläger durch Beschluß des großh. Bezirksamts Neckarbischoffsheim vom 20. Dec. 1825 erkannt und unterm 12. Mai 1826 das Collocationsurtheil erlassen wurde, in welchem letztern die Ehefrau des Klägers mit einer Forderung von 5442 fl. in dritter Ordnung locirt wurde;

in Erwägung zwar, daß die Ehefrau des Klägers laut der Inventur (vol. I. S. 22 act.) vortrug, sie wolle sich binnen acht Tagen wegen Entschlagung der Gütergemeinschaft bei dem Amte erklären;

in Erwägung jedoch, daß sie bei der Gantliquidation nur die vorgenannte Beibringensforderung liquidirte, ohne sich wegen Entschlagung von der Gütergemeinschaft zu äußern, noch viel weniger auf Vermögensabsonderung anzutragen;

in Erwägung, daß das Recht, sich der Gütergemeinschaft zu entschlagen, gemäß L. R. S. 1453 der Frau oder ihren Erben nur dann zusteht, wenn die Gütergemeinschaft aufgelöst ist;

in Erwägung, daß eine Auflösung der Gütergemeinschaft nur in den in L. R. S. 1441 genannten fünf Fällen eintritt, nämlich 1) durch den natürlichen Tod, 2) durch den bürgerlichen Tod, 3) durch Ehescheidung, 4) durch Trennung von Tisch und Bett, 5) durch Vermögensabsonderung;

in Erwägung zwar, daß der Kläger behauptet, durch den Ausbruch der Gant sei die Vermögensabsonderung gesetzlich nothwendig und auch vollzogen und dadurch die Gütergemeinschaft aufgelöst worden;

in Erwägung jedoch, daß zur Nothwendigkeit einer Vermögensabsonderung auch noch besondere Formalitäten, nämlich der Antrag darauf von Seiten der Frau, ein Erkenntniß, welches die Vermögensabsonderung für zulässig erklärt, und die öffentliche Verkündung und Vollziehung dieses Erkenntnisses hinzukommen müssen, wie die L. R. S. 1443 — 1445 dieses bei Strafe der Nichtigkeit des ganzen Verfahrens vorschreiben;

in Erwägung, daß die Frau des Klägers alles dieses nicht bewirkte, obgleich die Nothwendigkeit einer Vermögensabsonderung nicht geläugnet werden kann;

in Erwägung, daß weder das Gauterkenntniß, noch das Collocationsurtheil als Vermögensabsonderungserkenntniß gelten können,

1) weil die Gesetze dieß nicht erklären und weil durch kein Gesetz ausgesprochen ist, daß durch das eine oder andere Erkenntniß die Gütergemeinschaft aufgelöst seyn soll, wie dieß doch in L. R. S. 1865 bei dem Gesellschaftsvertrag sanctionirt wurde;

2) weil Erkenntnisse nur dafür gelten können, wofür sie erlassen sind;

3) weil der L. R. S. 1446 von der Gant des Mannes spricht, bei welcher keine Vermögensabsonderung Statt gefunden habe, was nicht der Fall seyn könnte, wenn der Gantausbruch die Vermögensabsonderung zur Folge hätte;

In Erwägung, daß wenn keine Vermögensabsonderung von der Klägerin verlangt und keine gültig bewirkt wurde, die Gütergemeinschaft fortbesteht, und eine Entschlagung von der Gütergemeinschaft ebenfalls ungiltig und unwirksam ist, folglich die eingeklagte Forderung der Frau gemäß L. R. S. 1401 eine Gemeinschaftsforderung ist;

in Erwägung, daß nach L. R. S. 1291 diese Gemeinschaftsforderung an den beklagten Fiskus sich mit der Gemeinschaftsschuld an denselben von selbst compensiet oder die Klage durch die bewiesene Einrede der Compensation elidirt ist;

Nach Ansicht des §. 169 der Pr. O. rücksichtlich der Kosten;

Aus diesen Gründen wurde zu Recht erkannt:

„daß die Klägerin unter Verurtheilung in die Kosten mit ihrer Klage abzuweisen sei."

V. R. W.

J. Sommer.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 10. September 1836.

I.

Hofgericht in Rastatt.

Zweifelhafter Todesfall eines Menschen und merkwürdiger dabei vorgekommener Traum.

Am frühen Morgen des 31. Decembers v. J. ward hinter dem Lagerhause in F. der Bürger H. todt gefunden, und da die erste Anzeige dem Physikat gemacht worden war, so besichtigte dieses Morgens 6 Uhr den Todten, und ließ ihn sodann in seine Wohnung bringen. Bei der dort vorgenommenen Legalinspection fanden sich am Todten mehrere äußerliche Wunden, und zwar auf der rechten Stirnseite, sodann über dem Stachelfortsatze des letzten obern Rückenwirbelknochens, und auf dem Rücken der linken Hand eine Hautabschärfung, und am Hinterkopf zwei gerissene bis auf die sehnige Haube des Kopfes durchdringende Wunden, unter denen aber die Legalsection keine Verletzung der Kopfknochen oder des Gehirns selbst, sondern nur eine Ueberfüllung der Gefäße der Hirnhaut mit Blut antraf, welche sich in einem starken Grade auf die Gefäße der Haut der Grundfläche des großen Gehirns ausdehnte. Diejenigen, welche den Todten zuerst fanden, beschreiben seine Lage dahin, daß er sich in einer halb sitzenden, halb liegenden Stellung an der Mauer des Kaufhauses, den Kopf auf die Brust herunterhängend, befunden habe, seine beiden Arme seien auf den Boden vorgestreckt, und die Finger am Boden angefroren gewesen. Da, wo er gelegen, seie eine Vertiefung in das Glatteis, womit der Boden bedeckt war, eingefroren, die Hosen des Todten unten noch naß, und ein halber Schuh vor den Füßen eine Lache Wasser gewesen, während sonst alles hart gefroren war. Die Tuchkappe mit einem Lederschild hatte der Todte verkehrt, den Schild nach hinten, aufgesetzt, sie war unbeschädigt, und nicht blutig, während man an dem Kragen des Tuchrocks, der Weste, und des Hemds hinten am Hals Blutspuren fand. Das Hemd, welches die Frau des Todten alsbald ausgewaschen hat, soll mit Excrementen angefüllt gewesen seyn.

Nach dem Gutachten des Physikats ist H. durch eine Hirnerschütterung gestorben, welche ebensowohl durch einen Fall auf dem gefrornen Boden auf das Hinterhaupt, als auch durch Schläge oder Stöße auf das Hinterhaupt hervorgebracht worden seyn kann, doch müsse er noch lebend auf seine Auffindungsstelle gekommen seyn. Mit letzterem ist auch der begutachtende Medicinalreferent einverstanden, so wie damit, daß die Wunden am Hinterhaupt eben so leicht durch einen Fall, als durch Schläge entstanden seyn können, glaubt aber, daß zu der Hirnerschütterung auch noch die Kälte gewirkt, und so durch beide Wirkungen der Tod herbeigeführt worden sei, obschon man die bei Erfrornen fast immer vorkommende Blutüberfüllung der Gefäße im Innern, und namentlich im Kopf, nicht vorgefunden habe.

Die Untersuchung stellte anfangs nur heraus, daß H. am 30. December Abends betrunken nach Haus kam, und um 8 Uhr wieder fortgieng, er wurde nach 8 Uhr auf dem Weg gegen eine Vorstadt zu gesehen, von da an ist keine Spur seines Aufenthalts mehr entdeckt worden, bis man ihn morgens nach 5 Uhr todt fand. Bald nach Eröffnung der Untersuchung verbreiteten sich aber in L. Gerüchte über den Todesfall des H., welche auf einen Traum eines Bürgers, S., gegründet waren, und da man denselben, vorbehaltlich seiner Vereidigung, einvernahm, erzählte er, ein sonst unbescholtener Mann, folgendes. Abends am 30. December, nachdem er zwei und einen halben Schoppen Wein getrunken gehabt, seie er nach Hause gekommen, und habe sich, ohne nur an jenem Tag den H. gesehen, oder an ihn gedacht zu haben, zu Bette gelegt. In der Nacht, also gerade in der vom 30. bis 31. December, wo H. gestorben, seie ihm dieser nach Mitternacht im Traum vor seinem Bette erschienen, und habe zu ihm gesagt: „wenn er S. den Weg gegangen wäre, den er hätte gehen wollen, so wäre es nicht geschehen, und hätte er ihm (dem H.) geholfen. Nun seie er (H.) von Zweien ermordet worden, und werde ihm (dem S.) einer davon die Hand geben.“ Darauf seie er erwacht, aber bald wieder eingeschlafen, ohne weiters an den Traum zu denken, und es habe ihm wieder geträumt: „er S. seie die Rappenvorstadt hergegangen, und hätte gesehen, wie ein gewisser K.

Digitized by Google

einen todten Menschen auf der Schulter gegen das Kaufhaus hin oben durch getragen habe; es seie alles so hell auf der Straße gewesen, wie am Tage, und habe es ihm geschienen, als wie wenn er durch die Häuser durchschauen könne." Auch über diesen Traum seie er wieder erwacht, und habe sich über solche dumme Träume seine Glossen gemacht, ohne jedoch irgend eine Ahnung zu haben. Erst um ½ 10 Uhr habe er erfahren, daß H. hinter dem Kaufhause todt gefunden worden seie, und seiner Frau daraufhin seine Träume mitgetheilt. Er seie nun in das Haus des Todten, und habe dessen Frau alsbald gefragt, ob der Todte keine Wunden an sich habe, was solche bejaht, und die Leiche umgewendet habe, wo er an ihr die zwei Löcher im Kopf gesehen, was ihn zu der Aeußerung veranlaßt, daß es ihm unwahrscheinlich vorkomme, daß H. erfroren seie, wo er doch zwei Wunden an sich trage. Er seie nun den ganzen Tag ruhig geblieben, ohne einem Andern seine Träume mitzutheilen, und Abends den 31. December in das Wirthshaus zum K. gegangen, wo er sich an einen Tisch gesetzt, neben welchem der K. und ein gewisser M. gesessen seien. Letzterer habe über den Tod des H. gesprochen, und sich geäußert, der H. seie auf einem unrechten Wege gewesen, und ihm deßhalb recht geschehen, er seie nun einmal todt. Auf diese Aeußerung habe er das Wort genommen und erwiedert, ohne daß M. ihn früher wahrgenommen, der H. seie nicht erfroren, sondern todtgeschlagen worden, worauf sich M. gegen ihn herumgedreht, und, *ihm die Hand zureichend*, gesagt habe: „Grüß Gott, Herr S." In dem Augenblicke seie ihm dasjenige eingefallen, was ihm H. im Traume über das Handgeben des einen der Thäter gesagt habe, weßhalb er anfänglich Anstand genommen, dem M. die Hand zu geben, es aber dennoch nach kurzer Weile gethan habe. Dabei habe M. entgegnet: er S. habe Recht, der H. seie todtgeschlagen worden, und nicht erfroren. Dabei seie es geblieben, und er S. sodann in das Wirthshaus zum T. gegangen, wo wiederum die Rede vom Tode des H. gewesen, was ihn veranlaßt, seine Träume ihrem ganzen Inhalt nach zu erzählen mit dem Beisatze, daß er im Wirthshaus zum K. die beiden Thäter angetroffen, und ihm einer die Hand gegeben habe. Richtig seie es aber, daß er am 30. December Abends ausgegangen seie, um Wein zu trinken, und durch Zufall zu H. in der Y. Vorstadt gekommen seie, wo er Wein getrunken. Er habe sich vorgenommen gehabt, nicht mehr denselben Weg zurückzumachen, sondern habe den Weg neben dem Holzplatz beim Sch. Wirthshaus vorbei gehen wollen, da er sich aber zu lange bei G. aufgehalten, und es ihm zu spät geworden, einen weitern Weg einzuschlagen, so seie er den nämlichen Weg wieder zurück, woher er gekommen. G. bestätigte, daß S. bei ihm gewesen, und gegen 9 Uhr fortgegangen seie, die Ehefrau des S. ward nicht vernommen, dagegen ist es erhoben, daß S. wirklich am 31. December im T. seine Träume erzählt hat, doch konnte nicht von Andern bestätigt werden, daß M. dem S. im K. die Hand gegeben hat, worauf aber S. wiederholt beharrte. K. und M. wurden vernommen, wollen aber beide zu Haus gewesen seyn, und es konnte gegen sie weiters gar nichts Bedenkliches erhoben werden, als daß sie keinen guten Leumuth haben, und daß M. sich später in einem Wirthshaus geäußert hat, H. seie todtgeschlagen worden, und er könne den Thäter mit Händen greifen, doch seie derselbe nicht im Wirthshaus. Nach der Aussage der Tochter des Getödteten habe dieser vor einem Vierteljahr mit K. darüber Streit gehabt, daß er denselben, welcher Holzaufseher am Holzplatz bei dem Schl. Wirthshaus ist, mit drei Scheitern Holz angetroffen, und ihm unter dem Bedrohen Vorwürfe gemacht habe, er werde ihn bei dem Schl. Wirth anzeigen, worauf ihm K. erwiedert, daß, wenn er dies thue, er gewärtig seyn solle, daß er von ihm unter vier Augen bekomme. M. wurde noch über seine Aeußerung hinsichtlich des Thäters vernommen, schob aber solche auf sein Bekanntseyn mit dem Traum des S., und da keine weitere Spur mehr entdeckt werden konnte, so wurden die Acten nach geschlossener Untersuchung anher eingesendet, und dahier ausgesprochen, daß die Untersuchung wegen Mangels des Beweises des objectiven Thatbestands einer Tödtung auf sich zu beruhen habe.

Ich bin nun nicht gesonnen, die Richtigkeit dieses Ausspruches zu bezweifeln, denn nachdem eine sichere auf gewaltthätige Handlungen Dritter zurückführende Todesart des H. nicht herausgestellt war, so konnte bei dem weitern Mangel bestimmter Anzeichten gegen die Thäter etwaiger gewaltthätiger Handlungen wohl kein anderer richterlicher Ausspruch erfolgen, als der, die Untersuchung auf sich beruhen zu lassen. Nichtsdestoweniger läßt sich nicht verkennen, daß die Eröffnung der Untersuchung, sowohl in Beziehung auf die Amtshandlungen des Untersuchungsrichters, als auch des Gerichtsarztes, ziemlich unvollständig war, und man bei größerer Sorgfalt und genauerer Nachforschung aller Umstände vielleicht nähere Spuren und größere Sicherheit über die Todesart des H. hätte entdecken und erreichen können. Als ein Hauptfehler von vornen herein ist der zu bezeichnen, daß das Physikat, welches den Todten an Ort und Stelle seines Todes schon Morgens um 6 Uhr besichtigte, alsbald den Todten vom Ort seines Ablebens in sein Haus bringen ließ, und wohl erst nach 8 Uhr dem Amte die Anzeige machte, was daraus hervorgeht, daß es am Schlusse des vom Beamten über die Anzeige des Physikats aufgenommenen Protokolls heißt: da der Beamte mit einer wichtigen Kriminaluntersuchung beschäftigt ist, so erhält Rechtspraktikant R. den Auftrag, die Legalinspection und Voruntersuchung vorzunehmen; denn vor 8 Uhr wird der Beamte im Winter keine Untersuchung fortgesetzt, keinen Inquisiten verhört

Digitized by Google

haben. Bei der hiernach vielleicht erst nach 9 Uhr von dem Rechtspraktikanten vorgenommenen Legalinspection der Auffindungsstelle des H. (die Bezeichnung der Zeit fehlt im Protokoll) mangelte nun die Hauptperson der Inspection, der Todte, denn er war schon nach Hause verbracht, und so kommt es, daß hier die richterliche Besichtigung des Todten an Ort und Stelle gänzlich mangelt, und man die Beschreibung seiner Lage aus den Protokollen über die Anzeige des Physikats, und Jener, die den H. zuerst gefunden haben, entnehmen muß. Diese Legalinspection selbst aber ist sehr mangelhaft, indem sie sich nur auf den Platz, auf welchem der Todte gelegen, beschränkt, und, ohne sich mit mehr zu beschäftigen, damit schließt: sonst hat man nichts Bemerkenswerthes gefunden. Es ist eine Thatsache, daß damals am Morgen, wo H. gefunden wurde, Glatteis war; dieses Glatteis kann sich sehr wohl erst in der Nacht, erst am Morgen gebildet haben, und so hätte man vielleicht um den Platz des Todten herum, oder auf ihn von weither zuführend, frisch eingefrorne Fußstapfen finden können, welche leicht zu einer Spur über die etwaigen Thäter geführt hätten. Die ersten unverdächtigen Auffinder des H. fanden den Boden schon fest gefroren, aber doch noch seine Hosen naß, sie selbst hinterließen also keine Spur, dagegen läßt sich aus dem Vorfinden der nassen Hosen schließen, daß entweder nicht lange vorher die Hosen naß wurden, oder daß die Kälte erst später eintraf, und daß somit noch eingefrorne Fußstapfen zu finden gewesen wären. Es ist aber nicht einmal mit Sicherheit erhoben, was doch leicht war, ob denn die Hosen von Urin naß waren, und ob die vor dem Todten befindliche Lache Wasser ebenfalls aus Urin bestand, und bedenkt man nun, daß man Morgens alsbald den Grad der Kälte vom Thermometer absehen konnte, und daß doch die Naturwissenschaft wenigstens annähernde Bestimmungen hat, binnen welcher Zeit der Urin unter gleichen Graden der Kälte zum Unterschied von reinem Wasser gefriert, so hätte man daraus eine wenigstens annähernde Bestimmung der Zeit entnehmen können, wann H. auf dem Platz den Urin gehen ließ, und sonach gestorben ist. Und hätte man frisch eingefrorne Fußstapfen mit festem, nicht wankendem Schritt gefunden, welche nicht zur Fußbekleidung des H. gepaßt hätten, so wäre es, in Uebereinstimmung mit dem so merkwürdigen Traum, beinahe vollständig bewiesen gewesen, daß H. an den Platz, wo man ihn fand, getragen worden ist. Hätte man aber Fußstapfen des trunkenen H., unsichern, wankenden Schritts, vielleicht Stellen gefunden, wo er schon früher hingefallen, und wären sie allein gewesen, so wäre mit Sicherheit zu schließen gewesen, daß H. allein war, und daß das Hinfallen, die Trunkenheit, die Kälte zusammen seinen Tod herbeiführte. Ueberdies aber soll das Hemd des H. mit Excrementen angefüllt gewesen seyn, so sagt die Ehefrau desselben, zum schlagenden Beweis der hier Statt gefundenen geringen Sorgfalt, aus, wo man sich nicht einmal der Kleidungsstücke des Todten versicherte, und da er nun auch den Urin gehen ließ, so wäre es dargethan, daß er vor seinem Tod, wie man sagt, alles gehen und laufen ließ. In wie weit nun diese Erscheinung mit der Todesart aus Hirnerschütterung, oder aus Erfrieren in Verbindung steht, ist weder vom Physikat, noch vom hiesigen Medicinalreferenten erwogen worden. Ja man hat hierbei von Seiten der Aerzte noch etwas Wichtigeres übersehen. Bei der Inspection des Körpers fand man am Rumpf über dem Stachelfortsatz des letzten obern Rückenwirbelknochens eine Hautabstoßung von einem Zoll Umfang, also den Beweis äußerer Gewalt. Bei der Section hat man aber die Rückenwirbelsäule nicht berücksichtigt, nicht geöffnet, und insofern man nun einen Bruch, eine gewaltsame Zerreißung und Trennung derselben annimmt, was man damit auszudrücken pflegt, das man sagt, er hat das Genick gebrochen, so ließe sich das Gehenlassen des Urins und der Excremente vielleicht daraus erklären, daß bei Rückenmarksverletzungen eine nervöse Lähmung, und sonach unwillkührlicher Abgang der Excremente eintritt. Bei dieser Unterstellung müßte aber, eben wegen der augenblicklichen Lähmung, der Bruch der Rückenwirbelsäule am Ort, wo H. gefunden wurde, Statt gefunden haben, und da nun seine Lage halb sitzend, halb liegend an einer Mauer, den Kopf auf die Brust hängend, nicht wohl erklärt, wie er, der ein Halstuch, eine Weste und einen über das Genick hinausgehenden Tuchkragen hatte, durch einen Fall rückwärts gegen eine glatte Mauer das Genick brechen konnte, da man solches wohl nur kopfüberstürzend oder hinter sich so stürzend bricht, daß man auf etwas Hervorragendes fällt, so hätte man hieraus abermals schließen können, daß H. von Dritten an den Platz, wo man ihn fand, gebracht worden ist. Aber selbst von allem dem abgesehen, so waren die aufgefundenen Erscheinungen am Körper, daß er eine Hautabschürfung auf dem Rücken der linken Hand hatte, daß er im Gesicht blutig war, und daß man am Hemdkragen, am Halstuch, am Kragen der Weste und des Rockes Blutspuren fand, von der Art, daß man gewiß äußerst vorsichtig und sorgfältig hätte verfahren sollen, und bedenkt man noch, daß der Todte die Kappe verkehrt, den Schild nach hinten, auf dem Kopfe hatte, und daß sie, welche doch die Wunden am Hinterhaupt gedeckt hat, nicht blutig war, und gar keine Spur von Beschädigung hatte, so läßt es sich überhaupt schwer erklären, daß H. durch einen Fall auf den Hinterkopf gestorben ist, denn dann hätte man Spuren an der Kappe sehen müssen, und müßte annehmen, daß der hinten überstehende Schild der Kappe die Heftigkeit des Anprellens gewiß gemindert hätte. Die Kappe, der Rock, die Hosen werden als schmutzig beschrieben, von welcher Art aber der Schmutz war, ob Straßenkoth,

Digitized by Google

ob Mauerspeiß oder was sonst, wird nicht gesagt, und doch wäre auch dieses zu weiteen Schlüssen von großee Wichtigkeit gewesen, indem man daraus hätte entnehmen können, wo sich H. die Nacht duech befunden hat, da man auffallenderweise gae nicht entdeckt hat, wo ee von 8 Uhr Abends an die Nacht zubrachte. Freilich haben sich auch die Nachfoeschungen über diesen so wichtigen Umstand darauf beschränkt, daß man eben dem Gemeinderath den Auftrag ertheilte, daruber Erkundigung einzuziehen, allein nirgends ist vom Untersuchungsrichter versucht worden, durch eigene Thätigkeit den Aufenthalt des H. in dee Nacht vom 30. — 31. December zu entdecken, und hinsichtlich der Gendarmerie beschränkte er sich auch nur darauf, sie von dem Vorfall in Kenntniß zu setzen.

Und der Traum, und dee so merkwürdige, wundersame Traum! Es mag zwar nicht verkannt werden, daß man auf Träume hin keine Untersuchungen einleiten kann, nichts desto weniger war der Traum des S. von so auffallendee Art, daß es sich wenigstens der Mühe gelohnt hätte, seine Wahrheit zu erforschen. Schon an und für sich betrachtet, erscheint der Traum als wahr, denn da er erwiesenermaßen den andeen Tag nach seiner Erscheinung Abends im Wirthshaus erzählt und nach der Behauptung des S. schon alsbald auf die erste Nacheicht von dem Tode des H. seinee Frau mitgetheilt wurde, so kann man kaum annehmen, daß S. nue die Zeit gehabt hatte, den Traum zu erdichten. Hätte seine Frau die alsbaldige Erzählung bestätigt, hätte man nach gehöeiger Erforschung des Charactees des S. ihn über den Teaum beeidigt, so wäre er selbst doch wenigstens erwiesen, und man hätte ein Seitenstück zu dem von Cicero de devinatione L. I. Cap. 27 erzählten, von ihm selbst als ganz besonders berühmt genanntin Traum des reisenden Arkadiers über die Ermordung seines Reisefreundes bei dem Gastwirth, was dadurch noch merkwurdiger wäre, als es zugleich das eigene Gesicht des Träumenden darin enthält, daß er, den Thäter erkennend, den Todten durch ihn fortgetragen sieht. Wahrlich, es ist auf das tiefste zu beklagen, daß die Untersuchung so mangelhaft geführt wurde, denn wäre der Traum durch die Ergebnisse der Untersuchung bestätigt worden, so hätte man einen Beweis des Hereinragens der Geisterwelt in unsere körperliche erhalten, dee für die ganze Menschheit von der tiefsten Bedeutung wäre.

Füe unsere Strafgerechtigkeitspflege möge aber aus diesem Vorfall, und aus dem bekannten, so räthselhaften Selbstmord in Baden, die Lehre gezogen weeden, daß unsee Veroednungen über die Eröffnung der Unteesuchungen bei todt gefundenen Menschen mangelhaft, und leicht zu den bei der Vergänglichkeit der eesten Spuren dee That nicht mehr zu verbesseenden Versehen führend sind, welche jede Entdeckung und Aufhellung der in dem Vorfall liegenden Verbrechen, wenn nicht unmöglich machen, doch äußerst erschweren. Solche Vorfälle, wie der hier erzählte und dee in Baden ist, können sich in Frankreich nicht ereignen, denn dorten ist es der Staatsanwalt, der die ersten Spuren der Verbrechen alsbald erhebt, verfolgt, und dabei, unterstützt von allen öffentlichen Behörden, allein die Verantwortlichkeit für die Vollständigkeit und Genauigkeit der Erhebung des Thatbestands trägt. Gerade daß letzteres bei uns nicht der Fall ist, gerade daß bei dergleichen Vorfällen die Amtsperson als Untersuchungsrichtee nicht selbstständig verfährt, sondern an die Mitwirkung des Physikats gebunden ist, gerade darin mag wohl hauptsächlich der Grund solcher wie hier vorgekommener Mängel und Versehen liegen, denn indem beide die Gewalten zur Erhebung des Thatbestands unter sich theilen, theilt sich auch die Verantwortlichkeit unter ihnen, und Einer schiebt sie dem Andeen darin zu, daß er ihn allein verfahren, und somit sich aus dem Spiele läßt. Die Theilung der Gewalten ist nicht überall gut, und da die Erhebung des Thatbestands der Verbrechen die schnellste seyn muß, so ist Einheit der Gewalt, welche allein schnelle Bewegung bedingt, dazu unbedingt erforderlich. Jedenfalls sollte aber die Erhebung solcher wichtiger Vorkommenheiten der Strafgerechtigkeitspflege nie angehenden Rechtspraktikanten überlassen werden.

Jetzt deckt tiefes Dunkel den räthselhaften Tod des H., und die verloene Spur dee Unthat ist nur im Traume zu finden. Doch hat schon oft schwarze That unverhoffte Strafe gefunden. Sera numinis vindicta, sed eo certior.

II.

Ein Wort über die Registratur-Einrichtung bei dem Amte P.

Es besteht bei diesem Amte die Einrichtung, daß die Sachen, die da einkommen, wenn dies nicht mittelst der Post geschieht, nicht sogleich bei ihrer Einkunft mit dem Präsentatum versehen und vorgelegt, sondern in ein großes Fach eines Actenkastens geworfen werden, wo sie dann eine ganze Woche liegen bleiben können, ehe sie zur Vorlage kommen, deshalb nämlich, weil dieses Fach in der ganzen Woche nur einmal, höchst selten zweimal geleert wird.

Es wird mir erlaubt seyn, diese Einrichtung eine schlechte, verwerfliche, eine Unordnung zu nennen, die, wie ich hier nur kurz andeuten will, viel Nachtheiliges zur Folge haben muß.

Setzen wir nämlich den Fall: es laufe einer Partei die Wiederherstellungsfrist, und es kommt die Schrift einen, zwei oder drei Tage vor deren Ablauf ein, so kann sie doch erst nach dem Ablauf der Frist das Präsentatum erhalten; die Wiederherstellungsfrist ist versäumt, und es kann der Partei, die kein Verschulden trägt, großer Schaden zugehen.

Sodann kam auch schon der Fall vor, daß die Anzeige eines Bürgermeisters über einen Diebstahl mit Einbruch sechs Tage lang in dem gedachten Fach liegen geblieben war, ehe sie dem betreffenden Respicienten vorgelegt wurde, so daß also alle Spuren des Verbrechens bereits verwischt waren, und der objective Thatbestand nicht mehr erhoben werden konnte.

Meines Erachtens erfordert es das Gesetz der Ordnung und Zweckmäßigkeit, daß jeden Tag die eingelaufenen Sachen vorgelegt werden, und ich sehe mich daher verpflichtet, den oben bemerkten Uebelstand in diesem Blatte zur Sprache zu bringen. X.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. — Nro. 38. — Karlsruhe den 17. September 1836.

I.

Oberhofgericht.

Oeffentliche Sitzung des zweiten Senats vom 11. August 1836.

Kann die im §. 49 lit. c. der Eheordnung dem unschuldig geschiedenen Ehegatten zugewiesene Quart des Vermögens des schuldigen Ehegatten noch jetzt neben den Landrechtssätzen 300 und 301 fortbestehen, oder ist sie durch diese aufgehoben?

M . . . Ehefrau gegen ihren geschiedenen Ehemann. — Entschädigung betreffend.

Diese wichtige, eben nicht sehr selten zur Entscheidung der Gerichte gelangende Frage ist bekanntlich sehr bestritten. Sie wird bald mit Berufung auf Brauers Erläuterungen Band 1. S. 216. Band III. S. 363—365, 400—402, und auf die Rechtsbelehrung des Großherzoglichen Justizministeriums vom 30. November 1811 (Reg. Blatt 1811. S. 159, 160) affirmativ, bald aber aus andern Gründen negativ beantwortet. Die Gründe für letztere Meinung sind ausführlich entwickelt von Lauckhard im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden 1. Band Nr. 58. S. 711 seqq. Das Großherzogliche Oberhofgericht sprach sich, wie aus von Hohnhorsts Jahrbüchern 7. Band S. 227—232 und von Hohnhorsts Jahrbücher neue Folge 1. Jahrgang 1833. S. 420 zu ersehen ist, seither für die affirmative Entscheidung aus, sah sich jedoch veranlaßt, in dem obigen zu seiner Abtheilung devolvirten Rechtsfalle die früher adoptirte Meinung zu verlassen und die negative Meinung anzunehmen.

Da es von Wichtigkeit ist, die Ansicht des obersten Gerichtshofes über diese Frage zu kennen, so theilt der Unterzeichnete den Fall, in so weit er diese Frage betrifft, sammt Urtheil und Entscheidungsgründen mit:

Nachdem die M. Eheleute durch rechtskräftiges hofgerichtliches Urtheil vom 14. August 1834 auf den Grund des Landrechtssatzes 259 geschieden worden waren, trat die Ehefrau gegen den Ehemann als schuldigen Theil klagend auf, und machte außer mehreren andern Ansprüchen auch den auf lebenslängliche nutznießliche Abtretung des vierten Theiles des ehemännlichen, auf 8,000 fl. berechneten, Vermögens mit 2,000 fl., wovon das Eigenthum den aus der aufgehörten Ehe vorhandenen beiden Kindern verfangen bleiben sollte, geltend.

Durch Urtheil der I. Instanz wurde Klägerin mit diesem Anspruch abgewiesen; durch Urtheil des Großherzoglichen Hofgerichts zu Rastatt vom 16. Januar 1836 wurde jedoch nach dem Antrage der Klägerin, Appellantin erkannt; durch Urtheil des Großherzoglichen Oberhofgerichts vom 11. August laufenden Jahrs wurde aber auf ergriffene Oberappellation von Seiten des beklagten Ehemanns das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben, und das amtliche, die Klägerin abweisende wieder hergestellt.

Die Entscheidungsgründe sind folgende:

Der rechtliche Grund des bezüglichen Anspruchs der Oberappellatin ist die Bestimmung in der Eheordnung von 1807 §. 49. sub c., wornach dem unschuldig geschiedenen Ehegatten der vierte Theil des Vermögens, welches der Schuldige eigenthümlich besaß, als Entschädigung zuzuerkennen war, — allein dieser Theil der Eheordnung hat jetzt keine gesetzliche Kraft mehr, denn für's erste

1) ist diese sogenannte Privationsstrafe dem neuen Landrechte durchaus fremd, und jene Bestimmung der Eheordnung nicht, wie doch mit andern, ebenfalls dem Civilrechte angehörenden Bestimmungen derselben, welche der Gesetzgeber auch in das neue Rechtssystem übertragen wollte, namentlich mit jenen in den §§. 7, 13 und 66 durch die Landrechtszusätze 189 a. 132 a. und 172 a. geschehen ist, in das neue bürgerliche Gesetzbuch mit aufgenommen, vielmehr der Code civil der Franzosen, welcher eine genaue, consequente und für alle Fälle ausreichende Entwicklung der rechtlichen Wirkungen der Ehescheidung in Bezug auf die Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten, worunter aber jene Privationsstrafe nicht begriffen ist, enthält, in dieser Hinsicht durchaus ungeändert bei uns recipirt worden, was zu dem Schluß

Digitized by Google

berechtigt, daß der §. 49 der Eheordnung außer Wirksamkeit gesetzt seyn sollte. Dagegen kann auch so wenig

a) der §. XVIII. des ersten Einführung sedikts vom 3. Februar 1809, wornach die Eheordnung überhaupt, „fernerhin, wo sie nicht buchstäblich geändert ist, in bürgerlicher Hinsicht bei Kräften bleiben soll," als

b) die Rechtsbelehrung vom 30. November 1811, Regierungsblatt Nr. XXXV., wornach der unschuldig geschiedene Ehegatte neben der Unterhaltsrente des L. R. S. 301 auch noch die Vermögensquart des §. 49 der Eheordnung soll fordern können, angeführt werden, denn

ad b. diese Justizministerialverfügung ist kein nach Vorschrift des L. R. S. 1 vom Staatsherrscher promulgirtes Gesetz, sondern, wie sich dieselbe auch in den Eingangsworten ankündigt, nur eine doktrinelle Erläuterung, wodurch ein in dem bürgerlichen Gesetzbuch vollständig bestimmtes Rechtsinstitut keine Abänderung, wie eine solche nur im Wege der verfassungsmäßigen Legislatur zulässig gewesen seyn würde, erleiden kann, da jedenfalls eine sonst behauptete Ermächtigung des Großherzoglichen Justizministeriums zur Ertheilung authentischer Gesetzauslegungen durch den Regenten vom Jahr 1811 nicht durch Verkündung im Regierungsblatt promulgirt worden ist.

ad a. Jene Worte des ersten Einführungsedikts können keinen andern Sinn haben, als den: daß die civilrechtlichen Bestimmungen der Eheordnung auch nach Einführung des Landrechts forthin gelten sollen, wenn und in wie fern sie nicht durch dieses neue Gesetzbuch abgeändert sind, oder in so weit sie noch neben den Vorschriften des neuen Gesetzes bestehen können, weil dieses in allen jenen Bestimmungen, welche nicht mit denjenigen des ältern Rechts vereinbar sind, den Vorzug verdient, und darum diese letztern, wenn sie auch nicht ausdrücklich abgeändert sind, implicite aufhebt.

Daß nur dies der Sinn des ersten Einführungsedikts seyn kann, zeigen die Worte des Landrechtsatzes 311 a.

„Die Eheordnung gilt in jenen Rechtsbeziehungen noch fort, welche neben dem Landrecht bestehen können;" denn daß das Einführungsedikt das Landrecht im Satze 311 a. hätte abändern wollen, ohne diese Intention speciell zu erkennen zu geben, ist schon darum nicht anzunehmen, weil ja jenes Edict gerade den Zweck hatte, das Landrecht als ein in sich vollendetes neues Gesetzbuch einzuführen. Nun kann aber

2) jene Bestimmung des §. 49 der Eheordnung in der That nicht neben dem Landrecht bestehen, ist vielmehr mit dem Geiste und den Bestimmungen des neuen Gesetzbuchs über die rechtlichen Wirkungen der Ehescheidung in Bezug auf die Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten ganz unvereinbar. Dieß ergiebt sich

a) schon daraus, daß, während die Eheordnung, indem sie mit der Scheidung alle künftigen auf den Fall des Ueberlebens bedungenen Vortheile und Vermögens - respective Erbrechte der Ehegatten an einander hinwegfallen läßt; von dem Gesichtspunkte ausgehend, daß derjenige Theil, gegen welchen die Ehescheidung erwirkt wurde, durch sein Verschulden den ehelichen Vertrag gebrochen habe, dem Ehegatten, welcher die Trennung erwirkte, einen Anspruch auf Entschädigung aus dem Vermögen des andern gibt, bei der Redaction des Code civil von der Ansicht ausgegangen wurde, daß

A. derjenige Ehegatte, welcher die Trennung veranlaßt hat, mit der Ehe auch die Bedingung der ihm von dem andern Theile zugewandten Vortheile zerstöre, und deßwegen des Genusses derselben unwürdig werde, wogegen nicht eben so auch den schuldlosen Ehegatten aus der Schuld des andern ein unverdienter Verlust treffen könne, und eben so wenig die Scheidung ein Mittel seyn dürfe, den schuldigen Theil von seinen Versprechungen zu befreien.

Hiergegen wollte man

B. die Ehescheidung nicht zur Quelle des Gewinns, zu einem besondern modus acquirendi für den unschuldigen Theil machen, um nicht dadurch die Trennung und die Schuld des andern Theils, wodurch die Scheidung begründet wird, wünschenswerth erscheinen zu lassen.

Locrè la legislation de la France, Tome V. p. 310. Toullier droit civil francais, Tome II. Nro. 739. Grolman, Handbuch über den Code Napoléon, 3. Band Seite 366. Darum knüpft

α) zwar der L. R. S. 299 an die Ehescheidung gleichfalls den Verlust aller Vortheile, die derjenige Ehegatte, wider welchen die Scheidung erkannt wird, von dem andern durch den Heirathsvertrag oder seit eingegangener Ehe erlangt hatte, nach Satz 300 aber behält der Ehegatte, welcher die Scheidung erlangt hat, alle von dem andern ihm zugewandten Vortheile (welche er nach der Eheordnung durch die Scheidung ganz unbedingt verliert).

β) Mehr soll aber der unschuldig geschiedene Ehegatte nicht gewinnen, indem der Code civil namentlich die sogenannten Privationsstrafen, welche dem ältern französischen Recht keineswegs fremd waren. (Grolman a. a. O. S. 369) nicht beibehalten wollte, und deßwegen implicite verworfen hat.

γ) Das Landrecht gibt im Satz 301 ganz folgerichtig aus dem Grundgedanken, daß den schuldlosen Ehegatten aus der Schuld des andern kein unverdienter Verlust treffen dürfe, jenem auch nach ausgesprochener Scheidung noch Ansprüche auf eine Unterhaltsrente, welche bis zu einem Drittel der Einkünfte des schuldigen Theils steigen darf, wogegen die Eheordnung vermöge der ihr zu Grunde liegenden Fiction, daß eine durch Scheidung aufgelöste Ehe gleichsam als durch

Digitized by Google

den Tod getrennt anzusehen sei, dem unschuldig geschiedenen Ehegatten durchaus keinen Anspruch auf die Revenüen des Schuldigen gewährt.

b) Die Eheordnung läßt, weil sie eine durch Scheidung getrennte Ehe so betrachtet, als wäre sie durch den Tod aufgelöst worden, die Quart des §. 49 dem unschuldig geschiedenen Ehetheil zur Nutznießung, und den aus dieser Ehe vorhandenen Kindern zum Eigenthum sogleich mit der ausgesprochenen Scheidung anfallen, wogegen nach dem L. R. S. 708, 1005, 1006 Erbschaften und Vermächtnisse stets erst mit dem Tode des Erblassers, ferner nach Satz 1452 und 1518 dieß zufolge S. 300 dem unschuldigen Ehegatten für den Fall, daß er der längst lebende seyn würde, zugesicherten Vortheile ebenfalls erst bei dem natürlichen oder bürgerlichen Tode des schuldigen Theils und nach S. 304, verglichen mit S. 305 den Kindern geschiedener Ehegatten auch die ihnen durch die Gesetze zugesicherten Rechte und Vortheile nicht schon durch die Ehescheidung, vielmehr nur auf gleiche Weise und unter gleichen Umständen anfallen sollen, unter welchen sie ihnen angefallen seyn würden, wenn die Ehescheidung nicht erfolgt wäre.

Während

c) das Landrecht im Satz 301 den Anspruch des unschuldig geschiedenen Ehetheils auf eine Unterhaltsrente lediglich davon abhängig macht, ob die geschiedenen Ehegatten sich keine Vortheile bedungen haben oder die bedungenen Vortheile nicht hinreichend scheinen, um dem Ehegatten, welcher die Scheidung erwirkt hat, seinen Unterhalt zu sichern, ist von gesetzlichen Vortheilen, welche den Anspruch auf eine Unterhaltsrente ganz oder zum Theile ausschließen sollten, durchaus keine Rede; hätte aber, wenn die Intention des Gesetzgebers gewesen wäre, die Quart des §. 49 der Eheordnung beizubehalten, nothwendig die Rede seyn müssen, wofern nicht im Landrecht eine ganz unerklärbare Lücke gefunden werden sollte.

d) Neben dem Drittel der Revenüen des schuldigen Theils, also des Ertrags seines ganzen Vermögens, welchen der Unschuldige nach dem Landrecht zu beziehen haben soll, ist eine diesem zufallende Entschädigung, welche aus einem Viertheil eben dieses gesammten Vermögens bestehen müßte, gar nicht denkbar, weil man davon, wovon man den vierten Theil mit allen Nutzungen schon hat, nicht auch noch aus einem andern Rechtstitel den dritten Theil der Revenüen zu beziehen haben kann, daß aber jetzt um diese aus der Vereinigung des §. 49 der Eheordnung hervorgehende Ungereimtheit zu heben, das Drittel der Revenüen nur anzunehmen sei im Verhältniß des Vermögensrests, welcher nach Abzug jener Quart noch übrig bleibt, ist im Gesetze nirgends gesagt.

e) Die Unterhaltsrente des L. R. S. 301 fällt ganz oder zum Theile nur dann weg, wenn dem unschuldigen Ehegatten so große Vortheile bedungen waren, daß sie hinreichend scheinen, um seinen Unterhalt zu sichern, oder wenn sie sonst nicht mehr nothwendig erscheint.

Würde nun neben der Unterhaltsrente auch noch die Quart des §. 49 gesetzlich fortbestehen, und müßte, um dem Gesetzgeber keine Absurdität zu unterlegen, angenommen werden, daß das Drittel der Revenüen von dem Ertrag des Vermögensrestes, nach Abzug jener Quart, zu nehmen sey, so könnte da, wo keine Vortheile bedungen worden waren, sehr leicht der Fall eintreten, daß der Ehegatte, welcher die Scheidung erwirkt hat, weil er Beides, den vierten Theil des Vermögens des andern Ehegatten in Nutznießung bekäme, und daneben, indem diese Nutznießung bei einem minderbedeutenden Vermögen nicht hinreichte, noch das volle Drittel der Revenüen des andern, welche nicht immer Vermögensertrag sind, zu beziehen hätte, in der That die Hälfte des ganzen Einkommens des schuldigen Theils hinwegnehmen würde, was durchaus nicht in der Intention des Gesetzgebers gelegen seyn kann.

Endlich

3) der Grund des Gesetzes war bei der Eheordnung: den unschuldig geschiedenen Ehegatten für das Wegfallen der Vermögens- und sonstigen Vortheile, auf welche derselbe vermöge Ehevertrags und kraft des ehelichen Verhältnisses Anspruch zu machen hatte, also namentlich auch für den Unterhalt, welchen die Frau vom Ehemann während der Ehe verlangen konnte, schadlos zu halten. Dieser Grund und Zweck des Gesetzes fällt mit den Bestimmungen des neuen Landrechts, wornach der unschuldig geschiedene Ehegatte nicht nur alle ihm bedungenen Vortheile behält, und überdieß dasjenige, was er dem Schuldigen bereits zugewendet hatte, zurückerhält (indem es nämlich Niemand anders als ihm zufallen kann), sondern auch Anspruch auf eine Unterhaltsrente hat, hinweg; mit dem Wegfallen des Grundes fällt aber auch die Fortwirkung des ältern Gesetzes ꝛc.

Dr. Barazetti, Obergerichtsadvokat.

II.

1) Muß der Amtsrevisor bei Verfassung von Eheverträgen zwei Zeugen zuziehen?

2) Kann der unschuldig geschiedene Ehetheil von dem Schuldigen die Genugthuungsquart in Anspruch nehmen?

Sitzung des großh. Oberhofgerichts II. Senats vom 12. Aug. 1836.

W. J. verehlichte sich im Jahre 1823 mit H. V. Vor Eingehung der Ehe ward am 23. August 1823 ein Heirathsvertrag errichtet, der Amtsrevisor unterließ aber die Beiziehung zweier Zeugen zur Beurkundung dieses Vertrages.

Digitized by Google

Die Ehe wurde im Jahr 1834 durch Ehrscheidung aufgelöst, aus welcher die Ehefrau als schuldiger Theil hervorging. Letztere klagte hierauf grgen ihren geschiedenrn Ehemann auf Vermögensauseinandersetzung in der Art, daß der Ehevertrag vom 23. August 1823 für nichtig erklärt, und das Vermögen nach drn Regeln der gesetzlichen Gemeinschaft getheilt werde; rventuell verlangte die Klägerin nebst Anderm die Auslieferung ihres Beibringens.

Der Beklagte verfocht die Gültigkeit des Ehevertrags, und stellte das Begehrrn, daß der vierte Theil des Beibringens der Klägrrin nach §. 49 litt. c. der Eheordnung derselben aberkannt werde.

Das Stadtamt K. und das Hofgrricht des Mittelrheinkreises erkannten nach dem Antrage des Beklagten, in dritter Instanz ergieng aber ein theilweisr abänderndes Urtheil dahin:

1) daß der unterm 23. August 1823 zwischen Handelsmann B. und W. J. errichtete Ehrvertrag wegen Mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten für nichtig zu erklären *), daher auf die durch die Entscheidung erfolgte Auflösung ihrer Ehe die Vermögrnsabsonderung nach den Regeln drr gesetzlichen Fahrnißgemeinschaft vorzunehmen, und der hiernach der geschiedenen Ehefrau zufallende Vermögenstheil derselben von dem Beklagten auszuliefern sei. —

2) Daß der vierte Theil des der Klägerin gehörenden Vermögens sogleich als Eigenthum den von den jrtzt geschirdenen H. B. Ehelruten in ihrer Ehe erzeugten Kindern zuzuweisen, dem Beklagten aber nutznießlich zu überlassen sei.

Entscheidungsgründe.

1) Die Notariatsordnung vom 3. November 1806 enthält die gesetzlichen Bestimmungen über diejenigen Formen, welche die Staatsschreiber bri den von ihnen zu ertheilenden öffentlichen Beurkundungen der vorkommenden Rechtsgeschäfte zu beobachten haben.

2) Der §. 11 verordnet, daß die von dem Staatsschreiber zu beurkundenden Sachen noch von zwei unbetheiligtrn, von ihm zu erbittenden Zeugen beurkundet seyn müssen, und nimmt von dieser Erforderniß der Mitbezeugung lediglich die Beglaubigung der Abschriften aus.

Der §. 16 verordnet die Mitunterschrift der Zeugen.

3) Der §. 29 dieses Gesetzes verzeichnet jene Rechtsgeschäfte, deren öffentliche Beurkundung den Staatsschreibern zusteht, hierunter sind unter Nummer 10 die Ehestiftungen kanzleisäßiger Personen genannt; der §. 39 erwähnt ausdrücklich der hierbei zuzuziehenden Zeugen.

4) Aus Veranlassung des in dem Badischen Landrechte erweiterten Geschäftskreises der Staatsschreiber erschien am 20. May 1809 aus Großherzoglichem Specialauftrag von dem Justizministerium ein Nachtrag zur Notariatsordnung, worin zum §. 1 und 2 alle bereits angestellten und künftig anzustellenden Amts- und Stadtschreiber, insofern sie nicht einr Gerichtsbarkeit zu verwalten habrn, oder sonst ein nach dem Hauptgesetz und dessen §. 23 damit unvereinbarliches Amt führen, Staatsschreibereirecht genießen, und wornach sie in jenen Gegenständen, welche sie nach Bezirken vertheilen sollen, und welche deßfalls an Staatsschreiber eines Bezirks gewiesen werden, zuglrich die Brzirksstaatsschreiber sind, sich aber in Versehung dieser Geschäfte lediglich an die für dieselben vorgeschriebene Form binden müssen.

5) Zum §. 39 wird die Beschränkung der Befugniß zur Beurkundung der Heirathsverträge auf Kanzleisäßige aufgehoben. —

Der §. 42 verzeichnet die an die Bezirksstaatsschreiber gebannten Geschäfte und zum §. 11 drr Notariatsordnung wird lediglich gesagt, daß demselben etwas zuzusetzen nicht für nöthig befunden werde, zum §. 16 wird aber vrrordnet, daß alles in der Staatsschreibereiordnung geschriebene ohne Aenderung in seiner Kraft bleibe.

6) Aus dieser letztern Bestimmung geht schon klar hervor, daß zur öffentlichen Beurkundung auch neben dem Bezirksstaatsschreibrr zwei Zeugrn, oder statt derselben ein weiterer Staatsschreiber nothwendig sind, insbesondrre geht aber solches aus der zum §. 41 gegebenen Bestimmung hervor, daß die für dir äußere Form des Testaments gegrbene Vorschrift bei geheimen und verschlossenen Testamenten nicht genüge; sie ist also für öffentliche Testamente beibehalten, und besteht nach §. 41 darin, daß neben dem Staatsschreiber und seinen beiden Urkundszeugen noch zwei weitere von dem Trstirer zu erbittende Zeugen beigezogen werden müssen.

7) Durch das erste Einführungsedikt des Landrechtes vom 3. Februar 1809 §. 11 Nr. 2 wurde das Staatsschreibereirecht außer den schon vorhandenen Staatsschreibern oder Notarien, auch allen angestellten Theilungsrevisoren, Stadt- und Amtsschreibern, auch Theilungscommissarien derselben, als deßfalls Staatsschreibereirecht habend, verliehen.

*) Wenn der Ehrvertrag, wie rr vorliegt, nichtig ist, so ist wohl der Fall so anzusehen, wie wenn kein schriftlicher Heirathsvrrtrag geschlossen, oder darin die gesetzliche Gütergemeinschaft ordnungrn worden wäre. Die Letztere gilt nämlich, wrnn kein anderes formelles Uebereinkommen vorliegt, als stillschweigend verabredet, S. 1387 1394 und 1400. — Es fragt sich daher jetzt, ob, wrnn der Ehemann seiner Frau durch diesen stillschweigendrn Ehevertrag Vortheile zugewendet hat, indem er sein großes Fahrnißvermögen mit dem geringen Fahrnißvermögen seiner Frau in eine halbtheilige Gemeinschaft einwarf, nun der Frau dieser Vortheil auf Klagr des Mannes nach S. 299 ebrnfalls entzogen werden müßte? Der S. 1498 behandelt den Vortheil, den ein Ehegatte durch Einwrrfung eines größern Vermögens in die Gemeinschaft drm andern Ehegattrn zuwendet, gleich einer demselbrn zugedachten Schenkung, und unterwirft denselben sogar der Minderungsklage der Pflichterben. D. R.

Digitized by Google

Die Beilage litt. C. Nr. II. zum Organisationsedict vom Jahre 1809. §. 31 sagt aber: „künftig soll ein Jeder, der die bisher von den Amtsschreibereien versehenen Geschäfte, und diejenigen, welche hierunter dazugeschlagen werden, in einem Bezirke besorgt, Amtsrevisor genannt werden, und sollen die andern bisherigen Benennungen aufhören."

Der §. 39 verzeichnet die den Amtsrevisoren zugewiesenen Geschäfte, und darunter unter Buchstabe a. die Ausfertigung der Contrakte.

Das zweite Einführungsedict des Landrechts vom 22. Dezember 1809 §. 7 sagt: „Als Staatsschreiber erklären wir unsere Amtsrevisoren; ihnen und den dermalen bestehenden Stadt- und Amtsschreibern, auch Amtskommissarien, so wie sie bisher dazu berechtigt waren, stehen die Staatsschreibereirechte und die den Staatsschreibern nach dem Code Napoléon zugewiesenen Geschäfte zu, die Scribenten und Theilungskommissarien können nur im Namen und aus Auftrag ihrer Prinzipalen Staatsschreibereigeschäfte verrichten. Ausnahmsweise verbleiben den jetzt bestehenden Notarien diejenigen Geschäfte, die ihnen bisher nach der im Regierungsblatte von 1806 Nr. 30 publicirten Notariatsordnung zu besorgen zugestanden haben." Endlich erschien im Regierungsblatte vom Jahre 1811 pag. 42 eine Verordnung des Großherzoglichen Justiz-Ministeriums, welche besagt: „Staatsschreiberei oder Notariatsrecht haben nach dem Einführungsedict zum neuen Landrecht vom 31. Februar 1809 Nr. 11 §. 2 außer den noch bestehenden Notarien die aufgestellten Amtsrevisoren mit ihren verpflichteten Theilungscommissarien, alle andern Personen werden von solchen ausgeschlossen. Alle diese Verordnungen betreffen demnach lediglich die Personen, welchen das Staatsschreibereirecht zukommen soll; von der gesetzlichen Form der von ihnen zu verrichtenden Geschäfte ist hiedurch nichts geändert worden, nur in dem zweiten Einführungsedict zum Landrecht wird gesagt: „Die Revisorationsinstruction, welche demnächst herauskommen wird, enthält die nähern Vorschriften über alle diese Geschäfte, sowie über jene der Staatsschreiberei."

Eine solche Instruction ist aber bisher noch nicht erschienen, ferner sagt der Nachtrag zur Notariatsordnung ad §. 7:

„Das Amt der Staatsschreiber besteht nun nicht mehr in der bloßen Beurkundung der Vorgänge, wiewohl diese Befugniß ihnen durchaus im vorigen Umfange verbleibt, sondern zugleich in Verfertigung aller Aufsätze über einseitige und zweiseitige Willenserklärungen der Staatsbürger nach der durch unsere landrechtliche neue Gesetzgebung vorgeschriebenen Form und mit Beachtung aller für deren innern und äußern Rechtsbestand erforderlichen Eigenschaften."

8) Aus dieser Zusammenstellung der über das Staatsschreibereiwesen ergangenen Gesetze ergeben sich nachstehende Folgerungen:

a) Die Notariatsordnung und der zu derselben gelegenheitlich der Einführung des neuen Landrechts erschienene Nachtrag sind solche Gesetze, deren Rechtskraft unter der Herrschaft dieses Landrechts um so mehr für fortdauernd gehalten werden muß, da der Nachtrag ausdrücklich von dem Gesetzgeber als ein durch die Einführung des Landrechts nothwendig gewordener ergänzender Theil der Notariatsordnung erlassen worden ist.

b) Ihre Vorschriften sind nicht allein für die früher bestandenen Notarien, sondern nach der wörtlichen Bestimmung des Nachtrags auch für die Bezirksstaatsschreiber gegeben.

c) Unter diese Vorschriften gehört jene des §. 11 der Notariatsordnung, daß neben dem Staatsschreiber noch zwei unbetheiligte Zeugen, welche von dem zu beurkundenden Gegenstande gleiche Wissenschaft mit ihm erlangt haben müssen, den Vorgang bezeugen, und den darüber aufgenommenen Act unterschreiben, indem der Nachtrag zum §. 11 sagt, daß demselben etwas beizusetzen nicht nöthig befunden werde, und indem ferner hinsichtlich des §. 16, welcher die Mitunterschrift der Zeugen verordnet, der Nachtrag die ausdrückliche Bestimmung gibt, daß alles in der Staatsschreibereiordnung Geschriebene ohne Aenderung in seiner Kraft bleibe.

d) Indem der Nachtrag zur Notariatsordnung die in dieser enthaltene Beschränkung, daß die Staatsschreiber nur Eheverträge kanzleisäßiger Personen aufnehmen dürfen, aufhebt, sie also berechtigt, die Eheverträge aller Staatsbürger, sie seien amts- oder kanzleisäßig, aufzunehmen, folgt nothwendig, daß bei der Errichtung aller derartigen Verträge die zur Beurkundung aller Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden müssen.

e) Wenn in dem Nachtrag zur Notariatsordnung die Amtsschreiber zu Bezirksstaatsschreibern ernannt waren, und die Organisationsbeilage lit. C §. 31 sagt, daß künftig alle diejenigen, welche die bisher von den Amtsschreibern versehenen Geschäfte in einem Bezirke besorgen, Amtsrevisoren genannt werden sollen, so kann aus dieser blos veränderten Titelbezeichnung des Bezirksstaatsschreibers nichts weniger gefolgert werden, als daß der Amtsrevisor an die Form der für Staatsschreibereigeschäfte bestandenen gesetzlichen Bestimmungen nicht gebunden sei.

f) Die Notariatsordnung und der als Gesetz erschienene Nachtrag derselben enthalten diese gesetzlichen Bestimmungen, welche bis jetzt noch in Rechtskraft bestehen, da die im zweiten Einführungsedicte zum Landrecht verheißene Revisoratsinstruction nicht erfolgt ist.

g.) Wenn ferner in dem Nachtrag zum §. 7 der Notariatsordnung den Staatsschreibern zur Pflicht gemacht ist, bei der Aufnahme über einseitige oder zweiseitige Willenserklärungen die in dem Landrechte vorgeschriebene Form und alle für deren innern und äußern Rechtsbestand erforderlichen

Digitized by Google

Eigenschaften zu beobachten, so folgt hieraus nichts weniger, als daß die in der Notariatsordnung vorgeschriebenen, und die in dem Nachtrag derselben bestätigten Erfordernisse zu einer rechtsgültigen Beurkundung aufgehoben seien, sondern nur so viel, daß die Staatsschreiber auch jene besondern Formen beobachten müssen, welche das Landrecht für gewisse Arten von Rechtsgeschäften vorschreibt.

9) Zwar erließ das Großherzogliche Justizministerium am 27. Mai 1812 eine Erläuterung, des Inhalts:

„Da die Amtsrevisoren durch das zweite Einführungsedikt zum Landrecht an die Notariatsordnung nicht gebunden, vielmehr auf eine eigene, zur Zeit noch nicht erschienene Instruction verwiesen worden sind, so unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß Eheberedungen und alle andern nach ihrer frühern Berechtigung von ihnen kraft Amtsobliegenheit verfaßten Urkunden auch ohne Zuzug von Zeugen im Lande gültig sind, indessen werden sie dennoch wohl daran thun, zwei Zeugen, oder einen statt ihrer geltenden Staatsschreibereiberechtigten, auch ehe solches die demnächst erscheinende Revisoratsinstruction gebietet, dabei zuzuziehen, weil sonst, wenn ihre Urkunden im Auslande gebraucht werden, Anstände dagegen gemacht werden könnten, wegen deren alsdann der Betheiligte nach Befinden sie in Anspruch nehmen könnte."

Allein diese Erläuterung hat keine Gesetzeskraft, und darf daher von den Richtern nicht beachtet werden, so weit sie mit den Gesetzen nicht übereinstimmt, und dieses ist wirklich der Fall.

Wie wenig übrigens das Großherzogliche Justizministerium über diesen Punkt mit sich einig war, ergibt sich aus einer von dem Direktorium des Nekarkreises im Anzeigeblatt Nr. 29 vom Jahr 1812 dahin geschehenen Bekanntmachung:

„daß zufolge Verfügung Großherzoglichen Justizministeriums vom 21. März 1812 Nr. 718 bei Fertigung von Eheverträgen von den Amtsrevisoren, als hiezu ausschließlich befugten Staatsschreibern zwei Zeugen zugezogen werden müßten."

10) Die Nichtbeachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten bei der Errichtung des zwischen der Klägerin und dem Beklagten vom 23. August 1823 errichteten Ehevertrags bewirkt eine Nichtigkeit desselben, denn das Gesetz verordnet, daß zu einer öffentlichen Beurkundung von dem Staatsschreiber zwei Zeugen zugezogen werden müssen, und daß die von ihm verfaßte Urkunde die Mitunterschrift der Zeugen enthalten muß. —

Es ist dieses also eine von dem Gesetze als nothwendig bezeichnete Förmlichkeit, bei deren Nichtbeobachtung das Rechtsgeschäft nach L. R. S. 6 k. für nichtig erklärt werden muß*).

11) Der Anspruch des Beklagten auf den vierten Theil des von der Klägerin eingebrachten Vermögens stützt sich auf die Bestimmung des §. 49 der Eheordnung, welche nach dem §. 18 des ersten Einführungsedikts und dem L. R. S. 311 a. in jenen Rechtsbeziehungen noch fortbesteht, welche neben den landrechtlichen Bestimmungen bestehen können; es fragt sich also lediglich, ob solches hinsichtlich jener Bestimmungen der Fall sei, welche das Landrecht über die Folgen der Ehescheidung bezüglich auf die Vermögensverhältnisse der geschiedenen Eheleute gibt.

12) Dieses ist wirklich der Fall, denn dadurch, daß der L. R. S. 300 die bedungenen Vortheile zu Gunsten des unschuldigen Ehegatten fortbestehen läßt, wird der Grund des ältern Gesetzes nur theilweise beseitigt; denn diese Vermögensquart sollte nicht blos für die auf den Fall des Ueberlebens bedungenen Vortheile, sondern auch für das Hinwegfallen der weitern Vermögens- und Erbrechte der Ehegatten die Entschädigung geben. Hierunter gehört dieses Hinwegfallen jener Vortheile, welche aus der Fortdauer der Gemeinschaft entstanden wären, wenn die Ehe nicht durch Verschulden des andern Theils aufgelöst worden wäre, ferner der dadurch verursachte Verlust der Nutznießungsrechte in den Fällen des L. R. S. 738 a. und 745 a.

13) Lediglich nur so weit könnte daher das theilweise Aufhören des Grundes die Aufhebung des ältern Gesetzes wirken, daß der geschiedene unschuldige Ehegatte die bedungenen Vortheile, welche er unter oder bereits aus dem Vermögen des andern Ehegatten erhalten hat, oder was ihm, im Fall er der längst lebende ist, alsdann zufällt, sich an der empfangenen Vermögensquart in Aufrechnung bringen lassen muß, dergestalt, daß, wenn z. B. die Vermögensquart mehr, als der für den Fall des Ueberlebens bedungene Vortheil beträgt, der unschuldige Theil alsdann nichts weiter anzusprechen hat, wenn sie aber weniger beträgt, das fehlende aus der Verlassenschaft des Schuldigen ersetzt werden muß.

14) Das Landrecht erkennt zwar dem schuldigen Ehegatten für die Nachtheile, welche für ihn, der bedungenen Vortheile ungeachtet, noch immer in Folge der Ehescheidung eintreten, eine Entschädigung nicht zu, sie spricht sie ihm aber auch nicht mit bestimmten Worten ab, es ist daher hinsichtlich der

---

*) Dieser Ausspruch des höchsten Gerichtshofs könnte von unabsehbaren wichtigen Folgen seyn, denn, wenn die hier angenommene Theorie die Herrschaft gewänne, und man die Förmlichkeiten der Notariatsordnung zu unsern Amtsrevisoratsurkunden, die bisher größtentheils ohne diese Förmlichkeiten errichtet wurden, allgemein für nothwendig hielte, so könnte eine ungeheure Menge der wichtigsten Rechtsgeschäfte umgestoßen werden.

Der hier angenommene Grundsatz bedarf also der reifsten wissenschaftlichen Prüfung.

D. R.

Digitized by Google

Vorschrift des §. 49 lit. c der Eheordnung der gesetzliche Fall einer buchstäblichen Abänderung offenbar nicht vorhanden.

Anmerkung des Einsenders.

Die beiden vorstehenden Entscheidungen liefern den Beweis, daß derselbe Senat des Großherzl. Oberhofgerichts in zwei unmittelbar auf einander folgenden Sitzungen dieselbe Streitfrage verschieden beantwortet hat.

Am zweiten Tage waren zwei andere Votanten eingetreten.

Hodie mihi, cras tibi!

Mayer.

III.

1) In welchem Verhältnisse stehen die Gläubiger, welchen eine Ehefrau ihr gesetzliches Pfandrecht successive subrogirt hat?

2) Ist Inscription der Subrogation zur Wirksamkeit gegen Dritte erforderlich?

ad 1) In der von Lauckhard I. 287 mitgetheilten Entscheidung des Kassationshofes ist eine Unterscheidung, welche Zachariä (Handbuch II. S. 85) macht, vernachläßigt; nämlich die zwischen Subrogationen, welche eine Ehefrau in der Art macht, daß sie Gläubigern ausdrücklich oder stillschweigend blos den Vorrang vor sich einräumt; und dem Falle, wenn sie einem Gläubiger eine bestimmte Forderung, welche ihr gegen ihren Mann zusteht, mit dem derselben anklebenden Pfandrechte abtritt.

Dennoch ist diese Unterscheidung vom wesentlichsten Einfluß auf beide Fragen, und es bedarf kaum einer Erinnerung, daß auf der einen Seite die Unterscheidung in der Natur der Sache wohl begründet ist, indem der erste Fall, nämlich bloser Verzicht auf Vorrang, dem wirklichen Rechtsübertrage keineswegs gleich steht; auf der andern Seite aber die Uebertragung des Pfandrechts der Ehefrau auf einen Dritten nur in der von Zachariä angegebenen Art, nämlich durch Uebertragung der Forderung einer Ehefrau, deren Zubehörde das gesetzliche Pfandrecht ist, geschehen kann.

I. In den Fällen nun, wo dem Gläubiger lediglich der Vorrang vor der Ehefrau eingeräumt ist, muß hinsichtlich der ersten Frage wieder unterschieden werden, ob zugleich dem Gläubiger auf Güter des Ehemanns oder der Gemeinschaft ein Pfandrecht bestellt wurde, oder ob die Forderung, hinsichtlich deren die Ehefrau dem Gläubiger den Vorrang zugesteht, eine chirographarische ist.

A. Im ersten Fall hat der Gläubiger ganz unzweifelhaft auf die Liegenschaften, welche ihm zu Unterpfand gegeben sind, ein, vom Tag der durch die Inscription vollgültigen Bestellung an, gegen jeden Dritten gültiges Pfandrecht.

Wenn nun mehrere solche Gläubiger mit einander konkurriren, von welchen jedem andere Liegenschaften verpfändet sind, so findet hinsichtlich ihrer gar keine Collision der Rechte statt, sondern jeder macht sein besonderes Pfandrecht auf seine besondere Unterpfänder mit Ausschluß der Andern und der Frau geltend; sind dagegen die nämlichen Liegenschaften auf jene Weise mehreren Gläubigern verpfändet, so bestimmt die Zeit der Inscription den Vorrang.

B. Im andern Falle hingegen hat keiner der Gläubiger ein Pfandrecht, weil ihm ein solches weder durch Cession der Frau, noch durch rechtsgültigen Vertrag mit dem Mann bestellt wurde. Ihre Ansprüche sind sowohl gegen den Mann als gegen die Frau nicht dinglicher, sondern blos persönlichen Natur, und gehen gegen den ersten auf Zahlung, gegen die letztere auf Zurücktritt mit ihren Forderungen, gegen den gemeinschaftlichen Schuldner bis zu ihrer, der Gläubiger, gänzlichen Befriedigung, und diese letzte Befugniß kömmt ihnen allen auf gleiche Weise, und ohne alle Rücksicht auf die Zeit der Bestellung ihrer Rechte zu.

Jeder von ihnen hat gegen die Frau nicht mehr und nicht weniger Recht, als sie bis zu seiner vollen Befriedigung auszuschließen, dieses Recht hat jeder von ihnen vollständig, durch dasselbe wird aber die chirographarische Natur ihrer Forderungen nicht geändert, und diese besteht gerade darin, daß unter ihnen kein Rangstreit statt hat, sondern sie alle mit gleichem Range aus der Fahrnißmasse und dem, was die Vorzugsgläubiger in der Liegenschaftsmasse übrig lassen, befriedigt werden.

Die Wirkung dieses Verhältnisses auf die Vertheilung einer Gantmasse ist keine andere, als daß die Frau ihre Forderungen an den Gantmann, so weit es die Befriedigung der Gläubiger, zu deren Vortheil sie verzichtete, erfordert, in der druten Klasse nicht geltend machen kann, und daß der Liegenschaftserlös, welcher dadurch in der dritten Ordnung übrig bleibt, zur Fahrnißmasse der fünften Klasse gezogen wird, wo er jedoch nur jenen Gläubigern, zu deren Vortheil verzichtet wurde, zu gut kömmt; dieser jedoch schlechthin nach Verhältniß ihrer Forderungen und ohne Vorrang vor einander, wie solches die Natur aller in dieser Klasse stehenden Forderungen mit sich bringt, vertheilt wird.

Eben so wenig der von Zachariä und andern Vertheidigern dieser Ansicht angeführte Grundsatz hypotheca hypothecae non datur, als das Argument der Gegner nemo plus juris in aliquem transferre potest, quam ipse in re habet, ist hier maßgegend, sondern allein die Thatsache entscheidet, daß dem Gläubiger weder vom Hauptschuldner, noch von

Digitized by Google

deſſen Ehefrau ein zum Vorrang unter ſich vereigenſchaftetes Recht beſtellt iſt.

Die Frau hat im unterſtellten Falle den Gläubigern lediglich das Recht, ihr ſelbſt vorzugehen, eingeräumt. Dieſes, aber auch nur dieſes, haben ſie geltend zu machen. Wollten ſie auch ein Pfandrecht auf die Unterpfänder der Frau erwerben; ſo müßten ſie ſich ſolches abtreten laſſen.

Der Grundſatz nemo potest in alium plus juris conferre, quam ipse habet, iſt ſchon um deßwillen auf dieſen Fall nicht anwendbar, weil bei dieſer ganz uneigentlich ſo genannten Subrogation die Frau durchaus kein ihr zugeſtandenes Recht auf die Gläubiger übertrug, ſondern ihnen nur verſprach, daß ſie von einem ihr zuſtehenden Rechte ſeiner Zeit keinen Gebrauch machen wolle.

Wenn nun die Gläubiger dieſer Gattung zufolge der Natur ihrer Forderungen keinen Vorrang unter einander geltend machen können, ſo folgt von ſelbſt, daß ſie noch weniger einen ſolchen gegen die der vorigen Gattung anzuſprechen haben, nämlich gegen die, welche neben dem Verzicht der Frau eine Hypothek vom Manne wirklich beſtellt erhielten, denn das Recht Dieſer iſt von dem Jener gerade dadurch unterſchieden, daß ſie außer dem perſönlichen Ausſchlußrechte gegen die Frau noch ein dingliches Recht auf die der Ehefrau zu Unterpfand dienenden Güter des Mannes haben, welches ihnen den Vorrang vor Dritten ertheilt.

Hinſichtlich ihrer hat das Vertragsverhältniß mit der Frau keineswegs die Wirkung, daß die Liegenſchaften, auf welche die Frau ihr Pfandrecht nicht geltend machen kann, zur Fahrnißmaſſe gezogen werden, ſondern im Gegentheil hat es den Effect, daß ihr dingliches Recht in der dritten Klaſſe vor allen unbevorzugten Gläubigern und ungeachtet der Rechte der Frau wirkſam iſt.

II. Ganz anders verhält es ſich dagegen in dem zweiten oben unterſchiedenen Falle, wenn nämlich eine Ehefrau die Erſatzforderungen, welche ſie zur Zeit des Vertrags an ihren Mann zu machen hat, mit dem Pfandrecht ſucceſſiv an verſchiedene Gläubiger abtritt.

A. Hier kömmt in Entſcheidung der erſten in der Ueberſchrift aufgeworfenen Frage vorerſt zur Beſtimmung des Ranges dieſer Gläubiger unter ſich Alles darauf an, ob mit der Abtretung der eheweiblichen Forderungstheile an die Gläubiger auch zugleich ein Verzicht auf das Pfandrecht der Reſtforderung, welche jedesmal der Ehefrau an ihren Mann noch blieb, verbunden war, oder ob ein ſolcher Verzicht zu Gunſten der ſubrogirten Gläubiger nicht geleiſtet wurde.

a) Im erſten Falle iſt der Grundſatz, daß Niemand mehr Rechte auf Andere übertragen kann, als er ſelbſt hat, maßgebend.

Die Frau hat bei der frühern Rechtsabtretung einen Theil ihrer pfandrechtlichen Forderung auf den Gläubiger übergetragen, und ihm mit dieſem übertragenen Recht den Vorrang vor ihrer eigenen Reſtforderung eingeräumt, es blieb ihr alſo hierfür nur noch ein jenem Gläubiger nachgehendes Pfandrecht, und mehr als dieſes konnte ſie auch bei der ſpätern Abtretung ihrer Reſtforderung nicht übertragen.

Hier iſt es gleichgültig, ob die ſucceſſiven Rechtsübertragungen Theile ein und derſelben eheweiblichen Forderung, oder ob ſie verſchiedene eheweibliche Forderungen von verſchiedenem Datum zum Gegenſtande hatten; der mit der Rechtsabtretung verbundene Verzicht der Ehefrau auf Vorrang begründet den Vorzug des früher ſubrogirten Gläubigers vor dem ſpätern.

b) Im zweiten oben unterſchiedenen Falle hingegen, wenn nämlich die Rechtsabtretungen ohne weitern Verzicht geſchehen, iſt zu unterſcheiden, ob die Ehefrau an die verſchiedenen Gläubiger Forderungen von verſchiedenem Datum übertrug, oder ob dieſelben das gleiche Datum hatten.

Im erſten Fall behalten, wie Zachariä richtig bemerkt, die Forderungen ihr Datum, und es wird darnach der Rang unter ihnen beſtimmt.

Im andern Falle entſcheidet der L. R. S. 1252 in Vergleichung mit Art. 1250 Nr. 1, daß die Reſtforderung der Frau im Concurs mit der cedirten dieſer vorgeht; hieraus und aus dem Grundſatze, daß der Ceſſionar in Hinſicht der cedirten Forderung und aller Zubehörde an die Stelle des Cedenten tritt (L. R. S. 1692), folgt, daß in dieſem Falle der ſpätere Ceſſionar dem frühern vorgeht, denn zur Zeit der ſpätern Ceſſion hatte die cedirende Ehefrau für ihren Forderungsreſt nicht blos das gleiche Pfandrecht mit dem frühern Ceſſionar, ſondern es kam ihr auch noch der Vorrang vor dieſem zu, und in dieſes volle Recht iſt der ſpätere Ceſſionar durch die Rechtsabtretung immittirt.

(Beſchluß folgt.)

Hauptredakteur: Miniſterialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 39. Karlsruhe den 24. September 1836.

I.

1) In welchem Verhältnisse stehen die Gläubiger, welchen eine Ehefrau ihr gesetzliches Pfandrecht successive subrogirt hat?

2) Ist Inscription der Subrogation zur Wirksamkeit gegen Dritte erforderlich?

(Schluß.)

B. Was nun aber den Rang der hienunter a. und b. bezeichneten Gläubiger im Verhältniß zu den oben Ziff. I. A. benannten betrifft, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Wenn die Gläubiger II. A. a. mit den unter I. A. bezeichneten konkurriren, so ist lediglich der Grundsatz maßgebend, daß Niemand auf Andere mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, und darnach bestimmt lediglich die Zeit der Unterpfandsbestellung mit Verzicht der Ehefrau, und beziehungsweise die des Rechtsgeschäfts, durch welches die Frau eine Forderung mit Vorrangsverzicht an einen Andern übertrug, den Vorrang unter diesen Gläubigern.

b) Wenn dagegen die Gläubiger II. A. b. mit denen, welche unter Ziff. I. A. genannt sind, konkurriren, so ist zu unterscheiden:

a) Die Ehefrau hat im Falle II. A. b. dem Gläubiger von mehreren Forderungen mit verschiedenem Datum, welche ihr gegen ihren Mann zustanden, eine ganz cedirt, dann wird der Vorrang zwischen dem Cessionar und dem Gläubiger, welchem vom Manne mit Vorrangsverzicht der Frau ein Pfandrecht bestellt wurde, durch das Datum der verschiedenen eheweiblichen Forderungen, und jenes der beiden mit den Gläubigern abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in folgender Weise bedingt:

aa) Die Unterpfandsbestellung mit Vorrangsverzicht der Frau geschah früher; dann hat dieser Gläubiger schlechthin den Vorzug vor jenem, welchem eine Forderung der Frau cedirt wurde, denn zur Zeit dieser Cession hatte sie jenem Gläubiger bereits hinsichtlich aller ihrer Forderungen den Vorrang eingeräumt, und sie konnte mehr Recht, als ihr darnach blieb, nicht übertragen.

bb) Wenn dagegen die Unterpfandsbestellung mit Vorrangsverzicht der Frau später geschah, so kömmt es darauf an, ob die früher cedirte Forderung der Frau an ihren Mann ein früheres Datum hatte, als die, welche sie noch behielt, oder ob das Gegentheil der Fall war.

aa) Im ersten Falle geht der Cessionar dem spätern Pfandgläubiger vor, weil zur Zeit der Contrahirung mit diesem die Frau nur noch ein durch den Cessionsvertrag beschränktes Pfandrecht auf die Liegenschaften des Mannes hatte, welchem das cedirte ältere Pfandrecht vorgieng, und weil sie durch den nachher mit einem Dritten geschlossenen Vertrag dem Recht des Cessionars keinen Abtrag mehr thun konnte.

bb) Hatte aber die Frau von den Forderungen an ihren Mann die mit späterm Datum cedirt, und die mit frühern für sich behalten, so erhält der Pfandgläubiger, zu dessen Vortheil die Frau nachher auf den Vorzug verzichtet, den Vorrang vor dem Cessionar, ohnerachtet dessen Titel älter als der des Pfandgläubigers ist, und ohnerachtet diesem kein Pfandrecht der Frau übertragen, sondern nur der Zurücktritt zu seinen Gunsten versprochen wurde; aus dem Grunde, weil die Forderung, welche die Frau behielt, ein stärkeres Recht hatte als die, welche sie cedirte, und weil der dem spätern Pfandgläubiger eingeräumte Vorrang vor ihrem stärkern Recht nothwendig auch zugleich ein Vorrang vor dem durch ihr stärkeres Recht zurückgedrängten schwächern Recht des Cessionars ist.

b) Hat dagegen die Frau im Fall II. a. b. blos einen Theil ihrer nur mit einem Datum versehenen Forderung cedirt, und nicht eine mit einem andern Datum versehene, selbstständige Forderung, sondern lediglich einen Forderungsrest an den Mann für sich behalten, so ist wieder zu unterscheiden:

aa) Die Unterpfandsbestellung mit Vorrangsverzicht der Frau geschah früher, dann hat auch hier dieser Pfandgläubiger aus dem oben lit. B. b. a. aa. angeführten Grund den Vorrang.

Digitized by Google

bb) Wenn hingegen die Unterpfandsbestellung mit Vorrangsverzicht der Ehefrau ein späteres Datum hat, als die Cession eines Theils ihrer eheweiblichen Ersatzforderung, dann erhält der spätere Pfandgläubiger den Vorrang vor dem frühern Cessionar, ganz auf dieselbe Weise, wie im Falle B. b. a. bb. bb., aus dem Grunde, weil zufolge L. R. S. 1552 der Forderungsrest der Frau dem Cessionar ganz auf dieselbe Weise vorgeht, wie wenn dieser Forderungsrest eine besondere Forderung mit älterem Datum wäre.

ad 2) Die zweite in der Ueberschrift aufgeworfene Frage, ob nämlich die Subrogation in ein eheweibliches Pfandrecht zur Wirksamkeit gegen Dritte der Inscription bedürfe, kann vorerst nur auf die Fälle bezogen werden, wo eine Ehefrau wirklich eine mit gesetzlichem Pfandrecht versehene Forderung an den Ehemann einem Dritten abgetreten hat, während die andern oben unterschiedenen Fälle einer uneigentlich so genannten Subrogation gar nicht hierher gehören.

Diese Frage nun hängt mit der von Lauckhard I. 296 abgehandelten: „ob das Pfandrecht der Ehefrauen auch nach aufgelöster Ehe ohne Eintrag gegen Dritte wirksam sei" aufs engste zusammen.

Die von Lauckhard mitgetheilten Gründe für die Entscheidung der französischen Gerichtshöfe, daß „die Eintragsfreiheit des Pfandrechts, welches eine Ehefrau für ihre Forderung an den Mann hat, dieser Forderung in jede Hand folge" sind jedoch, mit Ausnahme der angeführten Entscheidungsgründe des Staatsraths, unzureichend, und scheinen mir durch das, was Bekk in seiner Abhandlung über dingliche Rechte §. 58 dagegen vorgetragen hat, in Bezug auf Baden, dem die Gutachten des Staatsraths keine Rechtsquelle sind, vollkommen widerlegt.

Zwar ist es ganz richtig, wenn das Appellationsgericht zu Montpellier in seiner durch Lauckhard mitgetheilten Entscheidung behauptet, das gesetzliche Pfandrecht der Ehefrau könne nicht als ein persönliches Recht angesehen werden, und erlösche deßhalb beim Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung nicht mit dem Aufhören der persönlichen Eigenschaft des Rechtsinhabers. Der L. R. S. 2121, welcher das gesetzliche Pfandrecht ausdrücklich den Forderungen der Ehefrauen ertheilt, läßt darüber keinen Zweifel.

Allein das Pfandrecht dieser Forderung ist nicht identisch mit dem Privilegium des Inhabers, welches sie von der Eintragspflicht dispensirt, dieses ist durch den Wortlaut des Art. 2135 ausdrücklich an ihre Eigenschaft als Ehefrau gebunden, und es stimmt der Geist des Gesetzes mit diesem Wortlaute vollkommen überein, da nur die Ehefrau als solche sich in dem Zustande von Abhängigkeit gegen den Mann befindet, um dieses Privilegiums zu bedürfen, während sie selbst nach aufgelöster Ehe, oder ihre Cessionaren und Erben an der Eintragung so wenig wie jeder andere Fremde gehindert seyn können, weßhalb kein Grund vorliegt, das höchst singuläre Privilegium der Ehefrau auf jene, denen es wörtlich nicht verliehen ist, auszudehnen.

Die von Bekk l. c. ausgeführte Absurdität, welche aus dem Grundsatze folgt, daß eine Ehefrau, auch wenn sie nicht mehr Ehefrau ist, das Privilegium der Eintragsfreiheit genieße, tritt in noch weit höhern Maße ein, wenn man den Satz so allgemein stellt, daß das Privilegium der Eintragsfreiheit der Forderung einer Ehefrau in jede Hand folge.

Wie sollte insbesondere der Käufer einer Liegenschaft eine, möglicher Weise sehr große Zahl von Cessionaren der Ehefrau seines Verkäufers auskundschaften, um gegen sie als eben so viele Stellvertreter der Frau das durch Art. 2194 in Bezug auf diese vorgeschriebene Verfahren einzuhalten?

Die Rechtssicherheit, welche ohnehin durch die gewissen Personen ertheilten Privilegien der Befreiung vom Pfandbuchseintrag sehr geschwächt ist, würde durch eine so auffallende Ausdehnung dieser Privilegien völlig erschüttert werden.

Trefurt.

II.

Ueber Ansatz und Eintreibung der Anwaltsgebühren.

Man hört so manche Klagen von Seiten der Anwälte über die Mühseligkeit der Erhebung ihrer Deserviten; von Seiten der Parteien, namentlich der verlierenden, und eines nicht unbedeutenden Theils des mehr in der Vergangenheit als in der Gegenwart lebenden Publikums über die Ansätze der Anwälte; endlich von Seiten der Richter über die Beschwerlichkeit des Decretirens der Deservitorien. Ließe sich nicht diesen verschiedenartigen Klagen abhelfen? Mir scheint, dieses könnte auf eine ganz einfache Weise geschehen, und es ist bereits zu allgemeiner Zufriedenheit ein Schritt in dieser Richtung gemacht worden, ich meine, indem die Bestimmung getroffen wurde, daß der Staat selbst die Gerichtssporteln unmittelbar von der Partei zu erheben habe. Könnte nicht auf gleiche Weise der Staat selbst die Deserviten der Anwälte unmittelbar von der Partei erheben, um sie, versteht sich, nachher an die Anwälte abzuliefern? Könnte nicht der Staat durch dieselben Officialen, welche seine Gerichtssporteln ansetzen, auch die Anwaltsgebühren ansetzen lassen? Es würde hierdurch zwar die Arbeit dieser letzteren bedeutend vermehrt, aber dafür die Arbeit der Richter in gleichem Maße vermindert, so daß, bei dem größern Werth der Arbeiten der Richter, der Staat selbst in dieser Rücksicht gewänne. Allein der Gewinn, welcher aus dieser Einrichtung in andern Beziehungen hervorgienge, scheint mir sehr bedeutend zu seyn. Vor allen Dingen würde dadurch der Stand der Anwälte auf mannigfaltige Weise gehoben. Die Gedanken desselben würden sich von der pecuniären Seite ihres Berufs, mit der sie sich

Digitized by Google

weniger zu beschäftigen hätten, mehr auf die eigentlich gediegene Seite desselben: Die Beförderung der Rechtspflege, richten. Das Publicum würde in gleichem Maße den Anwälten einen höhern Grad von Achtung scheaken; der Advokatenstand würde sich selbst gehoben fühlen, und in diesem Gefühle über die mannigfaltigen Schwierigkeiten, welche sich einer gewissenhaften und geistvollen Ausübung seines Berufs entgegensetzen, um so leichter triumphiren. Die Folge hiervon würde für die gesammte Rechtspflege gewiß höchst ersprießlich seyn. Denn es genügt nicht, daß die Richter durch keine Rücksicht auf pecuniäre Vortheile in ihren Bestrebungen gehemmt werden. Die Anwälte sind bei der heutigen complicirten Gesetzgebung eben so wichtige Faetoren in der Rechtspflege als die Richter selbst. In die Hand des Anwalts kömmt der Streit, noch ehe er zum Rechtsstreite geworden. Er führt ihn in's gerichtliche Leben ein, oder hält ihn von demselben ferne. Er kann den jungen Keim des Processes entweder zu einer friedlichen Entwickelung führen, oder aber auch zu einer unabsehbaren Verhandlungen des Unfriedens. Er kann gleich bei dem ersten Beginnen des Rechtsstreits durch die Art und Weise, wie er ihn einführt, einen so entscheidenden Einfluß üben, daß derselbe entweder durch keine Mühe des Richters in das rechte Geleise gebracht werden kann, oder aber gegen Mißgriffe von Seiten des letzteren ziemlich gesichert erscheint. Er begleitet ihn durch alle Instanzen seines gerichtlichen Daseyns, und kann während dieser Zeit durch strenge Wahrheitsliebe, Klarheit der Darstellung und richtige Zusammenstellung von factischen und gesetzlichen Prämissen der Entscheidung die Rechtspflege außerordentlich fördern, wie im entgegengesetzten Falle in gleichem Maße hemmen. Der Staat hat schon längst theoretisch und practisch erkannt, daß bei den Richtern alle pecuniären Hemmnisse der Rechtspflege zu beseitigen seien; noch in neuester Zeit wurden die Relationsgebühren abgeschafft. Theoretisch ist ein gleiches auch in Betreff der Anwälte längst ausgemacht. Aber die Ueberführung der theoretischen Principien in's wirkliche Leben scheint bisher auf unüberwindliche Schwierigkeiten gestoßen zu seyn. Sollten sich diese nicht auf die oben bezeichnete Weise beseitigen lassen?

Man wende nicht ein: die gerichtlichen Acten können nicht über alle diejenigen Arbeiten des Anwalts Aufschluß ertheilen, für welche er Remuneration ansprechen kann. Meine Antwort ist: ganz eben so gut, als von denjenigen, für welche der Staat seine Gerichtssporteln erhebt. Die geistige Thätigkeit, das Sinnen, das Bestreben läßt sich beim Richter so wenig als beim Anwalt nach Geldwerth bestimmen. Ein Urtheil, welches auf den scharfsinnigsten und tiefsten Gründen ruht, kostet nicht mehr als dasjenige, das auf die blödesten und flachsten gestützt wird. Will man geistige Verdienste durch Geld belohnen, so geräth man immer auf Irrwge. Der geistig tüchtige Mensch arbeitet gut, weil seine Natur ihn dazu drängt, welche ihn mit Widerwillen gegen Oberflächlichkeit und Lahmheit erfüllt. Von demjenigen aber, welcher nur durch Geld zu geistiger Anstrengung getrieben wird, erwarte man nicht viel zu Beförderung des Rechts. Die mechanische Arbeit läßt sich mit Geld in Verhältniß setzen; die geistige sucht und erringt einen höhern Lohn. Von diesen Sätzen ausgehend, scheint mir, daß die gerichtlichen Acten Auskunft über alle diejenigen Arbeiten des Anwalts geben können, für welche er Remuneration ansprechen kann, und daß dieselben Officialen, welche die Gerichtssporteln ansetzen und erheben, auch vollkommen fähig sind, die Anwaltsgebühren anzusetzen und zu erheben. Nur die Schreiben an die Principalschaft, mündliche Verhandlung mit derselben und Gänge für sie, machen vielleicht eine Ausnahme. Allein letztere würden, wie mir scheint, am besten gänzlich aus der Liste der Advocatenarbeiten gestrichen, wofür Gebühren zu zahlen sind; denn sie erinnern zu sehr an Boten. Und die Gebühren für die beiden erstgenannten Arbeiten ließen sich vielleicht am zweckmäßigsten durch verhältnißmäßige Erhöhung der Arrha beseitigen. Bei Diäten könnte der Anwalt, gerade wie dieses auch vom Richter in gleichem Falle geschieht, sein Kostenverzeichniß bei Gericht einreichen. Allenfallsige Vorschüsse würden durch Production der Quittungen bei Einforderung der Gebühren ausgeglichen. Gegen zu niedere Ansätze von Seiten des damit beauftragten Officialen könnten die Anwälte durch das Recht der Beschwerdeführung bei dem betreffenden Gerichte gesichert werden. Arbeiten übrigens, welche nicht processualischer Natur sind, z. B. Erstattung von Gutachten ꝛc., gehören natürlich nicht hierher, indem hier nur von den eigentlichen Anwaltsgebühren die Rede ist.

N.

III.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über die Zuläßigkeit einer nicht die Vorschriften des L. R. S. 1325 besitzenden Urkunde als Anfang eines schriftlichen Beweises.

Bei Gelegenheit eines Rechtsstreits über einen Kauf eines Hauses ward die Kaufurkunde vorgelegt, welche nicht erwähnte, daß davon Doppelschriften ausgefertigt worden seien. Der auf Erfüllung des Kaufs belangte Käufer hielt der Urkunde diesen Mangel entgegen, sie ward aber vom Unterrichter, und auf dagegen nach §. 391 der P. O. ergriffene Appellation auch dahier als Anfang eines schriftlichen Beweises zugelassen, und daraufhin der Beweis des Kaufs durch Zeugen erhoben. Das Erkenntniß kam zwar nur mit einer Majorität von drei Stimmen gegen zwei zu Stande, ward aber doch auf folgende sehr triftige Gründe gebaut.

Digitized by Google

Die Frage ist schon nach rein französischem Recht sehr bestritten, und wenn sich Gründe unsers badischen Rechts für die Zulässigkeit einer den Vorschriften des L. R. S. 1325 nicht entsprechenden Urkunde als Anfang eines schriftlichen Beweises nachweisen lassen, so kann diese Zulässigkeit mit Grund gar nicht mehr bestritten werden. Zachariä, ein Hauptgegner dieser Zulässigkeit, verwirft nun die nach Satz 1325 mangelhafte Urkunde hauptsächlich deßhalb, weil sie nur ein Entwurf geblieben seie. Betrachtet man aber unsere L. R. Zusätze 1340 a. b. c., so wird den Vertragsentwürfen zum Unterschied von dem rein französischen Recht allerdings eine nicht unbedeutende Rechtskraft ertheilt, so daß man wohl nicht fehl gehen wird, wenn man einer auch nur als Entwurf der vollkommenen Vertragsurkunde zu betrachtenden Urkunde die bei weitem geringere Kraft der Einleitung des schriftlichen Beweises zulegt. Gerade weil die Vertragsentwürfe in Beziehung auf das Recht unter den Parteien nicht ganz gehaltlos sind, so sind auch die Entwürfe der Urkunden eines vollständigen Vertrags hinsichtlich des Beweises nicht ganz gehaltlos, und rühren sie von dem her, gegen welchen sie gerichtet werden, so würden sie gewiß auch in Frankreich, wenn der Code civil den Satz 1340 a. b. c. hätte, als Anfang eines schriftlichen Beweises zugelassen werden. Will man aber dergleichen Urkunden nicht als Anfang eines schriftlichen Beweises zulassen, so wird eine solche Urkunde als durchaus nichtig verworfen. Dieses kann aber nach badischem Recht, zufolge der ganz bestimmten Vorschrift des L. R. S. 6. k., nur dann geschehen, wenn auf die Nichtbeobachtung gewisser Vorschriften ausdrücklich die Nichtigkeit gesetzt, oder die Vorschrift für eine nothwendige Form erklärt worden ist, und da nun der L. R. S. 1325 für seine Formen davon nichts erwähnt, so wird es nicht als im Gesetz begründet angesehen werden können, wenn man auf eine nicht den Formen des L. R. S. 1325 entsprechende Urkunde gar kein Gewicht legen, sie als durchgehends nichtig, als gar nicht existirend betrachten will. Der Richter soll vielmehr nach Satz 6. k. die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer solchen mangelhaften Vertragsbeurkundung im Ganzen oder in einzelnen Theilen ermessen, und vergleicht man damit die L. R. S. 6. m. 6. n., so findet man darin die ganz deutlich ausgesprochene Absicht des Gesetzes, alle dergleichen mangelhafte Rechtsvorkommenheiten so weit als möglich aufrecht zu erhalten, und wenigstens noch mit irgend einer wenn auch geringern Rechtsfolge zu verbinden. Als eine geringere Rechtsfolge mangelhafter nicht durchgehends nichtiger Urkunden ist aber gerade die Kraft derselben zu betrachten, als Einleitung, als Anfang eines schriftlichen Beweises zu dienen, und da nun der L. R. S. 1347 dazu jede Schrift aufnimmt, welche von dem Schuldner herrührt, und die Schuld wenigstens wahrscheinlich macht, ohne davon unvollständige, mangelhafte Urkunden hinsichtlich ihrer vollkommenen Beweiskraft auszuschließen, so wird man in Berücksichtigung dieser L. R. S. 6. k. m. n. gewiß nicht fehl gehen, wenn man die in Betracht des L. R. S. 1325 mangelhaften Urkunden dann als Anfang des schriftlichen Beweises annimmt, wenn sie vom Schuldner unterschrieben ist, und die behauptete Verbindlichkeit wirklich enthält. Daß eine nach Satz 1325 ungültige Urkunde ihren Inhalt nicht wahrscheinlich machen könne, läßt sich nicht behaupten, denn da eine solche Urkunde durch den Vollzug des Vertrags von einem Theile gültig wird, so erkennt ihr das Gesetz doch die Kraft zu, daß ihre Vervollständigung durch etwas außer ihr Liegendes geschehen kann, und da nun nichts vervollständigt werden kann, was gar keine Kraft und Wirkung hat, so folgt gerade aus dem Ende des L. R. S. 1325, daß die im Sinne des Satzes 1325 mangelhaften Urkunden immer noch einige Kraft besitzen, also gewiß eine Wahrscheinlichkeit ihres Inhalts begründen müssen. Es läßt sich wohl mit Bestimmtheit behaupten, daß es in Frankreich nie der Gegenstand einer Kontroverse über die Zulassung der mangelhaften Urkunden des Satzes 1325 geworden wäre, wenn der Code civil die Sätze 6. k. m. n., Satz 1340 a. b. c. aufgenommen hätte, und da unser Landrecht sie enthält, so werden wir eben deßhalb anzunehmen haben, daß die im Sinne des Satzes 1325 mangelhaften Urkunden bei uns als Anfang des schriftlichen Beweises zugelassen werden müssen.

Sander.

IV.

Curiosum.

Bei dem Oberamte P. werden folgende Verfügungen erlassen:

In der Voraussetzung, daß der bedingte Zahlungsbefehl dem Beklagten zugestellt worden ist, ergeht nun unbedingter Zahlungsbefehl ꝛc.

Ich möchte doch auch wissen, in welchem Titel der Prozeßordnung eine solche Verfügung ihre Rechtfertigung finden soll, denn ich kenne keine Stelle dieses Gesetzes, die von „bedingt-unbedingten" Zahlungsbefehlen etwas sagt.

X.

Hauptredakteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe den 1. Oktober 1836.

I.

Ueber Vermögensabsonderung, unter Beziehung auf zwei Entscheidungen des großherzoglichen Oberhofgerichts.

In zwei Entscheidungen des großherzogl. Oberhofgerichts (v. Hohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichts, J. 1825, S. 77 und J. 1833 S. 147) ist als ausgemacht angenommen, daß der Ausbruch der Gant die Gütergemeinschaft auflöse. Dieser Satz ist jedoch unsern Gesetzen fremd, wie aus folgender Erörterung klar werden soll.

In welchen Fällen oder wodurch die Gütergemeinschaft aufgelöst werde, dieß bestimmt der L. R. S. 1441, er sagt: „die Gütergemeinschaft wird aufgelöst 1) durch den natürlichen Tod, 2) durch den bürgerlichen Tod, 3) durch Ehescheidung, 4) durch Trennung von Tisch und Bett, 5) durch Vermögensabsonderung.“ Dem Ausbruche der Gant ist eine solche Wirkung der Auflösung der Gütergemeinschaft durch die Worte des Gesetzes nicht beigelegt. Demohngeachtet wird in den Jahrbüchern von 1825 a. a. O. die Vermögensabsonderung mit dem Ausbruch der Gant für gleichbedeutend erklärt, und zur Rechtfertigung weiter nichts angeführt, als: durch Gant werde die Vermögensabsonderung nothwendig, und da habe die Frau das Recht der Entschlagung.

Allein, wenn es auch richtig ist, daß die Gant meistens die Vermögensabsonderung zum Besten der Frau und zu Rettung ihres Heirathsguts nothwendig macht, so ist dieses doch nur als die Veranlassung zur Vermögensabsonderung, nicht aber als Vermögensabsonderung selbst anzusehen. Die Vermögensabsonderung selbst kann nur unter ganz besondern Förmlichkeiten, welche bei Strafe der Nichtigkeit geboten sind, Statt finden, und wurden diese Förmlichkeiten nicht beobachtet, so muß gemäß L. R. S. 6 k das ganze Geschäft der Vermögensabsonderung als durchgehends nichtig betrachtet werden.

Die Bestimmung der Förmlichkeiten hat darin ihren Grund, daß eine Auflösung der Gütergemeinschaft durch Vermögensabsonderung während der Ehe oder bei Fortdauer derselben das vor Eingehung der Ehe (sei es durch einen förmlichen Ehecontract oder im Falle der Unterlassung desselben) festgesetzte Princip, wie es mit dem Vermögen der Eheleute gehalten seyn soll, ändert und eine unter Gütergemeinschaft geschlossene Ehe in eine gesonderte Ehe verwandelt, während doch L. R. S. 1395 festsetzt, daß Eheverträge nach geschlossener Ehe keine Veränderung erleiden dürfen, so ist die Vermögensabsonderung eine Ausnahme von diesem in Satz 1395 aufgestellten Princip. Damit aber diese Ausnahme und die Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht von der Willkühr der Eheleute abhänge, und damit diejenigen Personen, welche Ansprüche an die Gütergemeinschaft haben, nicht gefährdet werden, deßhalb soll die Vermögensabsonderung, woraus die Aufhebung der Gütergemeinschaft folgt, nur durch ein richterliches Urtheil ausgesprochen, und dieses Urtheil soll öffentlich bekannt gemacht werden, nachdem di Frau selbst auf die Vermögensabsonderung angetragen hat und der Richter die Gründe, die sie zu Rechtfertigung der Vermögensabsonderung vorbrachte, geprüft und für zureichend gefunden hat, auch soll diese Vermögensabsonderung unwirksam seyn, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Zeit das Absonderungsurtheil vollzogen wurde. Diese Vorschriften finden sich in den L. R. S. 1443 bis 1445. Als Rechtfertigungsgrund für den Antrag der Frau bestimmt der L. R. S. 1443 den Fall, „wenn das Heirathsgut der Frau in Gefahr ist, und wenn die zerrüttete Vermögenslage des Mannes befürchten läßt, daß sein Vermögen nicht hinreiche, um die Forderungen der Frau zu befriedigen, und ihr Beibringen zu ergänzen.“ Wenn daher gegen den Mann die Gant materiell vorliegt oder bereits förmlich erkannt ist, so hat das Recht der Frau, auf Vermögensabsonderung anzutragen, nach Satz 1443 keinen Zweifel, eben so klar ist aber auch die gesetzliche wegen der Vermögensabsonderung gemachte Bestimmung, daß wenn die Frau die Vermögensabsonderung nicht ausdrücklich verlangt (von da fängt die Auflösung der Gütergemeinschaft, gemäß S. 1445, Absatz 1 an) und wenn nicht das geschieht, was die Sätze 1444 und 1445

Digitized by Google

vorschreiben, die Vermögensabsonderung nicht erfolgt, und die Gütergemeinschaft nicht aufgelöst ist. Die nothwendig gewordene Vermögensabsonderung für eine wirklich gewordene Vermögensabsonderung anzusehen, hieße, sich über alle Vorschriften der Sätze 1443 — 1445 hinwegsetzen.

Sollte die Ganterklärung als Vermögensabsonderungsurtheil gelten, und dadurch die Gütergemeinschaft aufgelöst seyn, so würde der Gesetzgeber es besonders ausgesprochen haben, wie er es bei den Gesellschaftsverträgen in S. 1865 gethan hat. Gerade, daß der Gesetzgeber in Satz 1443 bei dem Vermögenszerfall oder der Gantmäßigkeit des Mannes die Vermögensabsonderung zuläßt, aber dennoch den ausdrücklichen Antrag der Frau auf Vermögensabsonderung, dann ein gerichtliches Erkenntniß über die Zulässigkeit der Vermögensabsonderung und den Vollzug dieses Erkenntnisses bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibt, dieß alles gibt klar zu erkennen, daß der bloße Vermögenszerfall oder die Ganteröffnung, so wie das Ganterkenntniß nicht als Vermögensabsonderung gelten können, folglich die Gütergemeinschaft nicht aufheben.

Auch in unserer Proceßordnung, worin der Titel XLI. vom Gantverfahren handelt, ist weder der Ganteröffnung noch dem Collocationserkenntniß eine solche Wirkung beigelegt.

Ja es wäre ein offenbarer legislativer Mißgriff, wenn das Ganteröffnungs- oder Collocationserkenntniß eine solche die Gütergemeinschaft auflösende Wirkung haben, und der Vermögensabsonderung gleich gelten sollten, statt es, wie in unserm Gesetzbuche, dem Antrage der Frau zu überlassen, denn die Frau kann trotz einer Gant ein Interesse haben, die Gütergemeinschaft fortbestehen zu lassen, nämlich dann, wenn, sie mag nun ein Beibringen zu fordern haben oder nicht, nahe Hoffnung da ist, daß durch eine bedeutende Erbschaft nicht nur der Mann seine Schulden zahlen kann, sondern auch der Antheil der Frau an der Gemeinschaft sehr groß ausfiele. Würde die Auflösung der Gütergemeinschaft nun ipso jure eintreten, oder gegen den Willen der Frau, und würde entweder nach Eröffnung der Gant oder nach vollständig geendigtem Gantverfahren (je nachdem jenes oder dieses zur vollständigen Auflösung der Gütergemeinschaft erforderlich wäre) die Erbschaft anfallen, ehe noch die Frau mit Einwilligung ihres Mannes, gemäß Satz 1451 die Gütergemeinschaft wieder hergestellt hätte, so würde der Mann sich wohl bedenken, nunmehr zur Wiederherstellung die Hand zu bieten und so bliebe die Gütergemeinschaft zum Nachtheil der Frau und gegen ihren Willen aufgehoben.

Der L. R. S. 1446 spricht namentlich von dem Fall, wenn der Mann in Gant geräth, und gestattet da den Gläubigern der Frau, im Belauf ihrer Forderungen die Rechte der Frau auszuüben, ohne daß sie jedoch eine Vermögensabsonderung verlangen könnten. Ist hier von einer Gant die Rede, in welcher keine Vermögensabsonderung Statt findet, wie kann man noch behaupten wollen, durch den Ausbruch der Gant werde die Vermögensabsonderung bewirkt und die Gütergemeinschaft aufgelöst?

Bei den französischen Schriftstellern wird die Sache so angesehen, wie ich sie in kurzen Umrissen darstellte:

Rogron. Code civil expliqué 5. ed. Bruse. 1829 ad art 1446 ad voc. exercer les droits de leur de bitrice

sagt:

Ainsi, ils feront liquider les droits de la femme et se feront payer jusqu'à concurrence de leurs créances; *mais la femme n'en restera pas moins commune en biens avec son mari pour l'avenir.*

Duranton. Cours de droit français 3. ed. Bruse vol. 8. p. 211 Nro. 419 drückt sich eben so aus.

So entschied auch der Cassationshof laut:

Sirey und *Villneuve.* Codes Annotés, Paris 1833 ad art. 1446 sub n. 1 des Code civil,

wo es heißt:

Le créancier d'une femme, dont le mari *est en fallite*, peut, *quoiqu'il n'existe pas de séparation de biens* entre cette femme et son épouse, se faire colloquer en son lieu et place etc.

Wird weder durch die Ganteröffnung, noch durch das Collocationsurtheil die Gütergemeinschaft aufgehoben, so kann bei einer Gant des Mannes oder bei einer Vermögensuntersuchung gegen denselben, so lange die Frau keine Vermögensabsonderungsbitte bei dem competenten Richter eingereicht hat, und so lange die Vermögensabsonderung nicht erkannt und nicht vollzogen ist, natürlich auch von dem Rechte der Entschlagung der Frau keine Rede seyn, denn dieses Recht entsteht erst durch und mit Auflösung der Gütergemeinschaft, wie dieses der Satz 1453 ausspricht. Trotz der Entschlagung bleibt die Frau der Gütergemeinschaft theilhaftig und diese besteht fort, so wie umgekehrt eine Theilnahme an der Gütergemeinschaft nach erfolgter Auflösung derselben durch Vermögensabsonderung doch nicht weiter wirkt, als für das Geschäft der Vollziehung der Vermögensabsonderung; die Frau muß an Schulden Theil nehmen; die Gütergemeinschaft bleibt aber für die Zukunft aufgehoben und kann nur unter Beobachtung der in Satz 1451 vorgeschriebenen Form wieder hergestellt werden.

Fragt man: wie aber, wenn nach einer Ganteröffnung

Digitized by Google

die Frau, ohne jedoch die Vermögensabsonderung gehörig verlangt zu haben, und ohne daß diese erkannt und vollzogen ist, bei der Liquidation ihr Beibringen fordert und sich hiebei oder schon in der vorhergegangenen Vermögensaufnahme oder der Vermögensuntersuchung der Gemeinschaft entschlägt, und wenn dann der Richter das Beibringen, wogegen sämmtliche Creditoren nichts einwenden, in dem Collocationsbescheid gehörigen Orts locirt, auch hierauf gemäß des Distributionsbescheids der Frau das Beibringen ausgefolgt wird — ist dann keine Vermögensabsonderung vor sich gegangen? (Dieß ist nämlich die gewöhnliche Art, wie die Amtsrevisorate und Aemter die Gantgeschäfte besorgen). Ich sage Nein! Es mögen wohl alle Parteien, die Frau, die Gläubiger, so wie der Gemeinschuldner und die Behörden geglaubt haben, hier sei eine Vermögensabsonderung vor sich gegangen; allein legt man die L. R. S. 1441, 1443, 1444, 1445 und 1452 als Maßstab an, so ist das ganze Geschäft, in so weit es als Vermögensabsonderung gelten, und in so weit die Gütergemeinschaft aufgelöst werden soll, ungültig und unwirksam, und die Creditoren können die Ehefrau des Gemeinschuldners nach wie vor als Theilhaberin an der Gemeinschaft in Anspruch nehmen und dieses Recht, eine, gültig nicht vorhandene, und nur de facto nicht de jure vollzogene Vermögensabsonderung anzufechten, ist den Gläubigern um so unbestrittener, da sie nach S. 1447 eine selbst gültig vollzogene Vermögensabsonderung, in so fern sie ihren Rechten nachtheilig seyn kann, anfechten können.

J. Sommer, Hofgerichtsassessor.

II.

Entscheidung des Kompetenzkonflikts, angezeigt in Nr. 1 des laufenden Jahrgangs der Annalen, nebst einigen Bemerkungen über die Zusätze der Redaction am angeführten Ort.

Das Staatsministerium hat den obigen Kompetenzkonflict dahin entschieden:

Da die gegen den Fiskus erhobene Klage zunächst auf die Behauptung gegründet wird, daß die aus Auftrag des ehemaligen Directoriums des Pfinz- und Enzkreises geschehene Abschließung der Lieferungsverträge, aus welchen Kläger seine Ansprüche gegen den Fiscus ableitet, zu den Attributen des gedachten Kreisdirectoriums gehört habe, da es eben darum nicht allein auf die Beantwortung der in das Gebiet des Privatrechts gehörigen Frage ankommt, welchen Wirkungskreis diese Lieferungsverträge haben, und ob und in wie fern solche auch gegen einen Dritten, namentlich gegen den Fiscus von rechtlicher Wirkung seie oder nicht, da es vielmehr zunächst und hauptsächlich auf die Beantwortung der Vorfrage ankommt, ob wirklich das Kreisdirectorium vermöge seiner amtlichen Stellung zur endgültigen Abschließung der fraglichen Lieferungsverträge befugt gewesen seie, diese Frage aber ihre Beantwortung keineswegs aus den Bestimmungen des Privatrechts findet, folglich nicht in den Geschäftskreis der Gerichte, sondern in jenen der Verwaltungsbehörden einschlägt, so wird das oberhofgerichtliche Erkenntniß vom 10. Sept. v. J., wodurch die vom Hofgericht zu Rastatt versagte Ladung für zuläßig erklärt wurde, hiemit, als inkompetent erlassen, aufgehoben, und dem Justizministerium aufgetragen, dieses den Betheiligten eröffnen zu lassen.

So steht nunmehr diese Sache; und bevor ich meine Meinung über die getroffene Entscheidung des Kompetenzkonflicts und insbesondere über den ihr unterlegten allerdings wichtigen Grundsatz äußere, will ich erwarten, was etwa dagegen vorgebracht wird. Was aber die von der Redaction am Schlusse des Aufsatzes in Nr. 2 gemachte Aeußerung betrifft, daß sie hinsichtlich der hier beanstandeten Kompetenz der Ansicht des Oberhofgerichts seie, so bin ich von meinem verehrten Freund überzeugt, daß er damit nur die Zuständigkeit der Gerichte vertheidigen wollte, nicht aber den vom Oberhofgericht dazu unterstellten Entscheidungsgrund billigt, wornach nämlich die Sache vor die Gerichte gehöre, weil die Frage, ob der Staat die Handlungen seiner Beamten zu verantworten, oder für sie mit der Zahlung einzustehen habe, als auf dem Mandatsverhältniß beruhend, welches zwischen dem Staat und den Staatsbeamten besteht, eine in das Privatrecht einschlagende, daher dem richterlichen Ermessen unterstehende Frage ist. Dieser Entscheidungsgrund geht offenbar zu weit, denn indem er nur das Dienstverhältniß zwischen dem Staat und seinem Beamten als einen privatrechtlichen Mandatsvertrag in das Auge faßt, bekümmert er sich gar nicht um die Art und Weise und den Gegenstand der von einem Staatsbeamten vorgenommenen Handlungen, und indem er das die Frage der Zuständigkeit der Gerichte allein entscheidende Mandatsverhältniß der Staatsbeamten zum Staat überall findet, und es selbst noch da annehmen muß, wo der Staatsbeamte sein Mandat vom Staat überschritten hat, weil er auch bei einer solchen Vorkommenheit gegen den Dritten nicht als Privatperson, sondern als Staatsbeamter gehandelt haben wird, so entscheidet er ganz allgemein die streitige Frage der Zuständigkeit der Gerichte über die Verantwortlichkeit des Staats für seine Staatsbeamten dahin, daß die Gerichte deßhalb zuständig seien, weil diese Frage auf dem Mandatsverhältniß zwischen Staat und Beamten beruhe und sonach eine in das Privatrecht einschlagende seie. Es ähnelt dieser Entscheidungsgrund dem Satz der Identität:

Digitized by Google

es ist etwas, weil es ist; denn es wird über die streitige Frage, ob der Staat die Handlungen seiner Beamten zu vertreten habe, und ob die Gerichte darüber zu erkennen haben, eben nur gesagt, die Gerichte haben über privatrechtliche Fragen zu entscheiden, und weil diese Frage eine privatrechtliche ist, so haben die Gerichte darüber zu entscheiden. Gerade die Privatrechtlichkeit der Frage ist ja im Streit und war erst noch zu beweisen, was man aber unterlassen hat.

Mit dem von meinem verehrten Freunde am Ende seines Aufsatzes aufgestellten Unterschied bin ich aber nicht einverstanden. Wenn nämlich der die Zuständigkeit der Gerichte bestimmende Umstand darin liegen soll, daß der Staat (nämlich durch seine Beamten) in den Formen des Privatrechts nicht allgemeine, sondern besondere Verbindlichkeiten gegen den Dritten eingegangen habe, so wird dabei auf die Art der Verträge, und insbesondere auf ihren Gegenstand *) gar keine Rücksicht genommen, und wenn also der Minister des Innern ein Anlehen für den Staat abschließt, die Oberrechnungskammer eine Domäne verkauft, und ein Hofgericht Verträge über Erbauung einer Brücke abschließt, so müßte sich der Staat vor den Gerichten auf Haltung dieser besondern mit einem Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten belangen, und von den Gerichten mit Rechtswirkung zur Haltung derselben verurtheilen lassen. Ja selbst wenn ein Stück des Landes, und damit seine Integrität verkauft, und die Souveränität z. B. in Beziehung auf einen Standesherrn in einem privatrechtlichen Vertrag demselben von einem oder mehreren Ministern abgetreten wird, so hätten auch die Gerichte darüber, also über die Integrität des Landes und die Souveränität des Staats zu entscheiden, denn, wenn man dieses auch als etwas Allgemeines betrachten wollte, so könnte man immerhin dagegen sagen, daß das an sich Allgemeine durch einen landrechtlichen Vertrag mit einem Privaten etwas Besonderes wird. Jedenfalls ist der Begriff, ob etwas eine allgemeine oder besondere Verbindlichkeit des Staats seie, ein höchst unbestimmter und zweifelhafter, und da nun nur feste und genau begrenzte Begriffe in der Entscheidung der Kompetenzconflicte deren Entstehung selbst verhindern, so wird man mit dem aufgestellten Unterschied nicht weit kommen. Ueberhaupt sind die Formen eines Rechtsverhältnisses nicht wohl dazu zu gebrauchen, um die Kompetenz der Gerichte zu bestimmen, denn sie stehen vielfach gerade in der freien Willkühr der ein Rechtsverhältniß Eingehenden, und es hat deßhalb der §. 4 der Pr. Ord. mit Recht die Zuständigkeit der Gerichte nicht auf die privatrechtlichen Verträge des Staats der Form nach, sondern auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Staats beschränkt, womit er deutlich anzeigte, daß es nicht sowohl auf die äußere Form der dem Streit unterliegenden Thatsachen, als vielmehr auf ihren Gehalt, hauptsächlich auf ihren Gegenstand ankommt, und wenn derselbe eine causa publica ist, so kann das darüber in die Formen eines landrechtlichen Vertrags eingekleidete Rechtsgeschäft doch nicht vor die Gerichte gezogen werden, wenn es sonst richtig ist, daß über diese causa publica kein privatrechtliches Verhältniß bestehen kann **). Ueberdies lag der hier in Frage stehende Umstand insbesondere darin, in wie weit es den Gerichten zustehe, die Frage über die Amtsbefugniß eines Staatsbeamten zu einem Rechtsgeschäft, woraus eine Klage gegen den Staat abgeleitet wird, zu beurtheilen, und wenn nun in dem betreffenden Aufsatz gesagt wird, daß da, wo eine besondere Verbindlichkeit des Staats gegen einen Dritten eingegangen seie, welche als solche die Zuständigkeit der Gerichte begründe, alles, auch die Thatsache der Bevollmächtigung des Staatsbeamten dem Erkenntnisse des Civilrichters anheimfallen, so wird wohl der Sache nach die Zuständigkeit der Gerichte zur Beurtheilung der Amtsbefugniß eines Staatsbeamten nicht aus dem Verhältniß und Gegenstand seines Amts selbst, sondern

*) Dies ist ein Mißverständniß. Auf den Gegenstand des Rechtsgeschäfts nehme ich allerdings Rücksicht. Außer dem Titel, auf den der erhobene Anspruch gegründet wird, muß auch der Gegenstand des Anspruchs selbst privatrechtlich seyn, und nur unter dieser Voraussetzung kann der Streit darüber, ob der Beamte, der Namens des Staats das Rechtsgeschäft eingegangen hat, zur Eingehung desselben bevollmächtigt war? — vor den Civilrichter gezogen werden.

Was daher hier von Verträgen über die Integrität des Landes, über die Souveränität ꝛc. gesagt ist, steht mir nicht entgegen, denn auch nach meiner Ansicht könnte der Streit über solche Verträge nicht vor den Civilrichter gezogen werden, und zwar ohne Unterschied, ob dabei die Kompetenz des Beamten, welcher das Rechtsgeschäft eingieng, anerkannt oder bestritten sei.

Ist aber der auf den Grund eines privatrechtlichen Titels verfolgte Gegenstand des Rechtsgeschäfts ebenfalls ein privatrechtlicher, d. h. dem Privatverkehr unterworfen, wird z. B. auf den Grund eines Kaufs das Eigenthum einer Liegenschaft (nicht die Souveränität oder ein anderes Hoheitsrecht über dieselbe) geltend gemacht, unter dem Titel eines Anlehens eine Summe Geld gefordert u. d. gl., so wird es in Beziehung auf die an und für sich begründete richterliche Kompetenz keinen Unterschied machen, ob der Kauf oder das Anlehen Namens des Staats vom Finanzminister, vom Minister des Innern, von einem Hofgerichtsrath oder endlich von einem Privatmanne abgeschlossen worden sei, wenn gleich dies in Bezug auf die materielle Begründung nach Umständen allein entscheidend seyn mag.

D. R.

**) Ganz richtig!

D. R.

Digitized by Google

aus dem Verhältniß des Rechtsgeschäfts begründet und entschieden, in Beziehung auf welches die Amtsbefugniß des Staatsbeamten in Frage steht. Wenn dieses privatrechtlicher Form und Natur ist, so gehört die Entscheidung über die Amtsbefugniß des Staatsbeamten vor den Civilrichter und wenn also das Rechtsgeschäft nicht privatrechtlicher Natur ist, so gehört die Frage über die Amtsbefugniß des Staatsbeamten auch nicht vor den Civilrichter. Allein dem ist denn doch nicht so. Die Frage über die Befugniß einer Person, ein Rechtsgeschäft einzugehen, bestimmt sich nicht, wenigstens nicht allein, aus den Gesetzen über dieses Rechtsgeschäft, sondern ist sehr häufig eine ganz selbstständige, aus eigenen Gesetzen zu entscheidende Präjudicialfrage, und so gut die Entscheidung über einen von einem Unmündigen abgeschlossenen Verkauf nicht von den Gesetzen der innern Rechtsbeständigkeit des Verkaufs abhängt, sondern lediglich nach den Gesetzen über die Minderjährigkeit entschieden werden muß, eben so gut kann man sich auch denken, daß die Frage über die Amtsbefugniß der Staatsbeamten zur Eingehung von Rechtsgeschäften nicht aus den Gesetzen über diese Rechtsgeschäfte, sondern anderswoher entschieden werden muß, und dann wird man auch zugeben, wie man damit, daß man sagt, die Rechtsgeschäfte gehören ihrem Wesen nach vor den Civilrichter, noch nicht bewiesen hat, daß auch die selbstständige, nach eigenen Gesetzen zu entscheidende präjudicielle Vorfrage über die Amtsbefugniß eines Staatsbeamten vor den Civilrichter gehöre *). Dieses ist immer noch darzuthun, und kann unter andern sicherlich daraus nicht dargethan werden, daß man diese Frage als eine Nebensache ansieht, welche also dem Forum der Hauptsache vor dem Civilrichter nachfolgt. Das Forum der Nebensachen ist nur unter den verschiedenen für sich schon bestehenden bürgerlichen

*) Von hier an kann ich nun mit meinem verehrten Freunde nicht mehr einverstanden seyn.

Allerdings können, wenn bei einem Rechtsstreite verschiedene Punkte in Frage kommen, einzelne derselben nach verschiedenen Gesetzen beurtheilt werden müssen, der eine Punkt vielleicht nach den Gesetzen über das Mandat, der andere nach jenen über den Kauf u. s. w., der eine oder andere vielleicht auch nach Gesetzen über öffentliches Recht. Allein ich frage: was soll dies in Bezug auf die richterliche Kompetenz für eine Folge haben, sofern doch der Gegenstand, worüber zu erkennen ist, noch dem Privatrechte angehört?

Ueber Gegenstände des öffentlichen Rechts hat zwar der Richter nicht zu erkennen; wenn er aber über einen Gegenstand des Privatrechts zu entscheiden hat und dadurch seine Kompetenz begründet ist, so sehe ich wirklich keinen Grund ein, warum er sich die aus dem öffentlichen Rechte zu beantwortenden Fragen, welche mit dem privatrechtlichen Streitgegenstand zusammenhängen, nicht ebenfalls lösen dürfte, so weit es nöthig ist, um über den privatrechtlichen Streitgegenstand selbst zu entscheiden.

Der Richter gibt ja dabei über die Frage des öffentlichen Rechts kein Erkenntniß, sondern die Beantwortung derselben dient ihm nur als Entscheidungsgrund, um nämlich über den Gegenstand des Privatrechts sein Erkenntniß zu geben. So lang aber sein Erkenntniß den Kreis des Privatrechts nicht überschreitet, kann man auch nicht sagen, daß er seine Kompetenz überschritten habe, wenn er gleich, um zu diesem Erkenntnisse zu gelangen, sich etwa auch Fragen des öffentlichen Rechts beantwortet hat,

Die Gesetze, durch welche die Verbindlichkeit der Gemeinden, Jemanden bürgerlich aufzunehmen, geregelt wird, gehören ohne Zweifel in den Kreis des öffentlichen Rechts, und die Bürgerannahmen selbst sind Gegenstände des öffentlichen Rechts, daher könnte, selbst wenn Jemand durch einen Vertrag bürgerlich aufgenommen würde, im Falle eines Streits über diese Aufnahme immerhin nur die Verwaltungsbehörde und nicht der Civilrichter entscheiden. Wäre aber nicht über die Bürgerannahme selbst zu entscheiden, sondern wäre die Frage, ob Jemand die gesetzlichen Erfordernisse zur bürgerlichen Annahme besitze? — nur mit dem privatrechtlichen Gegenstand des Streits verbunden und für dessen Entscheidung sogar präjudiziell, wäre nämlich z. B. in einem Gutskaufvertrage (etwa um dem Verkäufer mehr Sicherheit über die Solidität des Käufers zu verschaffen) bedungen, daß der Käufer, ehe die Uebergabe erfolge, noch diejenigen Erfordernisse nachweise, welche die Gesetze zur Begründung einer bürgerlichen Annahme vorschreiben, so unterläge es doch gewiß keinem Zweifel, daß der Richter, wenn in Bezug auf die Erfüllung dieser Bedingung über den Gutskauf selbst Streit entstünde, die gelieferte Nachweisung der gedachten Erfordernisse zu prüfen und unter das Bürgerannahmsgesetz zu subsumiren, sodann je nach dem Ergebnisse (zwar nicht über die Bürgerannahme selbst, wohl aber) über die Gültigkeit des Kaufs zu entscheiden hätte.

In gleicher Weise kann der Richter zwar, wenn sich etwa die Verwaltungsbehörden über den Umfang ihrer Kompetenz streiten, darüber sich kein Erkenntniß zueignen; wohl aber hat er die Frage dieses Kompetenzumfangs, wenn sie nicht als selbstständiger Gegenstand des Streits vor ihn gebracht, sondern nur zur Entscheidung einer andern vor ihm anhängigen, wirklichen privatrechtlichen Streitsache von Erheblichkeit ist, sich selbst zu beantworten, so weit es nöthig ist, um über den vor ihm anhängigen privatrechtlichen Streit zu entscheiden.

Setzen wir den Fall: die Hofdomänenkammer habe ein dem Staat gehöriges Gebäude veräußert, und das Finanzministerium, welches später davon Kenntniß erhielte, wollte nun, weil es den Verkauf für nachtheilig und die Hofdomänenkammer zur Veräußerung für inkompetent hielte, das Gebäude für den Fiskus wieder vindiziren, was soll nun geschehen? — Man wird doch nicht behaupten, das Finanzministerium dürfe nur geradezu das Gebäude wieder an sich ziehen und sich mit dem Käufer über dessen Behauptung, daß er giltig gekauft habe, daß die Hofdomänenkammer zur fraglichen Veräußerung entweder durch eine allgemeine Verordnung, oder durch eine besondere Verfügung des Finanzministeriums er-

Digitized by Google

Gerichtsständen begründet, nicht aber für die Frage, ob der Richter überhaupt zuständig ist oder nicht, und wo der Richter für sich und als solcher unzuständig ist, kann seine Zuständigkeit nicht damit begründet werden, daß mit der seine Unzuständigkeit mit sich führenden Frage noch eine andere verbunden ist, worin er sonst zu erkennen berechtigt wäre. Die Frage über die Amtsbefugniß der Staatsbeamten und über die diese Befugniß entscheidende Behörde ist an und für sich bei allen Handlungen der Staatsbeamten die gleiche, und wenn man zugibt, daß, insofern die Handlung des Staatsbeamten eine allgemeine Verbindlichkeit des Staats zur Folge habe, solche Frage nicht vor die Gerichte gehöre, so muß sie ihrer eigenen Natur nach nicht den Gerichten zustehen, und dann ist nicht abzusehen, wie sie nunmehr deßhalb den Gerichten unterstehen soll, weil sie in äußerer Verbindung mit einer besondern Verbindlichkeit des Staats durch einen Staatsbeamten steht, der dazu gerade keine Amtsbefugniß hatte. So wie die Gerichte eine solche besondere Verbindlichkeit des Staats deßhalb, als nicht gegen den Staat bestehend, aufheben können, weil der Staatsbeamte dazu keine Befugniß hatte, so müssen sie überhaupt das Recht haben, in Beziehung auf den Staat die Amtshandlungen der Beamten und ihre Befugnisse zu beurtheilen und zu bestimmen, und das ist es, was gegen die von mir in Nr. 1 der Annalen erhobene Bedenklichkeit zu beweisen war. In Nr. 54 des ersten Jahrgangs der Annalen theilte die Redaction zur Vervollständigung der Darstellung eines Kompetenzkonflikts einen Vortrag des Ministeriums des Innern mit, dessen Inhalt sie wahrscheinlich billigte und theilte. Dorten wird nun auseinandergesetzt, daß über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit einer Amtshandlung nur die Behörde entscheiden könne, zu deren Ressort die Amtshandlung gehöre *); wenn nun dorten freilich nur von Handlungen eines Beamten ge-

---

mächtigt gewesen sei ꝛc., in gar keinen Streit vor dem Civilrichter einlassen.

Zwischen dem Fall einer speziellen Ermächtigung der kontrahirenden Staatsbehörde und jenem einer in den organischen Bestimmungen liegenden allgemeinen Ermächtigung zu einer Handlung einen Unterschied zu machen, dazu gibt es ohnehin lediglich keinen gesetzlichen Grund.

Gegenüber dem betheiligten Dritten, mit welchem eine Staatsbehörde Namens des Staats kontrahirte, ist die Frage der Ermächtigung dieser Behörde, so weit sie sich auf das privatrechtliche Verhältniß zu jenen Dritten bezieht, lediglich die Frage der Vollmacht von Seiten desjenigen, der bei dem Rechtsgeschäfte Namens eines Andern (nämlich des Staats) handelte, mag man auch das Verhältniß der Behörden unter sich von einem ganz andern Gesichtspunkte aus betrachten, und mag nun im einzelnen Falle die Thatsache jener Bevollmächtigung nach den Bestimmungen des Landrechts, oder nach besondern Gesetzen und Verordnungen des öffentlichen Rechts zu beurtheilen seyn.

Huldigt man nicht dem in Frankreich während der Revolution angenommenen Satze, daß ohne Unterschied in allen Streitsachen, die den Staat betreffen, der Civilrichter inkompetent seyn soll, sondern nimmt man an, daß bei uns nach §. 11 der Verfassungsurkunde der Staat überall da, wo er nicht als Staat ordnet, regelt, vorschreibt oder überhaupt handelt, sondern gleich Privaten in bürgerliche Rechtsgeschäfte sich einläßt, auch vor den Landesgerichten Recht zu nehmen habe, so sehe ich wahrlich nicht ein, wie man in solchen Fällen hinsichtlich des Legitimationspunktes, wie man hinsichtlich der Frage, ob derjenige, welcher Namens des Staats handelte, dazu auch die Vollmacht gehabt habe, von diesem Prinzipe wieder abgehen, und den Staat, obschon es sich um ein bürgerliches Rechtsgeschäft desselben handelt, von der Gerichtsbarkeit des bürgerlichen Richters wieder ausnehmen kann, ohne daß ein ausdrückliches Gesetz eine solche Beschränkung festsetzte.

Auch das Vormundschaftswesen ist bei uns durch das 2te Einf. Ed. den Verwaltungsbehörden zugewiesen, diese beaufsichtigen und leiten die Vormundschaften und bilden eine Art von Obervormundschaft; aber dennoch würde man wohl nicht behaupten, daß wenn es bei dem Streit über die Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts auf die Frage ankäme: ob der Vormund, der dasselbe eingieng, dazu befugt gewesen sei? — alsdann nicht mehr der Civilrichter, sondern die Verwaltungsbehörde zu entscheiden habe.

Auch die Bestimmungen über die Kompetenz der Gemeindebehörden und der Gemeindeversammlungen sind Gegenstände des öffentlichen Rechts, aber dennoch wird mein geehrter Freund schwerlich behaupten, daß, wenn der Gemeinderath und Ausschuß eine Liegenschaft veräußerten, ihre Nachfolger aber, weil die Zustimmung der Gemeindeversammlung nöthig gewesen wäre, den Verkauf wieder anfechten, alsdann nur die Verwaltungsbehörde (auch dem Käufer gegenüber) zu entscheiden hätte, weil nur sie und nicht der Richter die dem öffentlichen Recht angehörige Frage, ob die Zustimmung der Gemeindeversammlung nöthig gewesen wäre, beurtheilen könnte.

Es würden sonst die bürgerlichen Rechtsgeschäfte des Staats, der Gemeinden und der Staatsanstalten, die alle nicht in Person, sondern nur durch ihre gesetzlichen Organe als ihre Vertreter handeln, zu einem großen Theile dem Erkenntnisse des Civilrichters entzogen.

D. R.

*) Es ist zwischen jenem Falle und der vorliegenden Frage der große Unterschied, daß es sich dort um einen Akt handelte, welchen der Beamte in seinem öffentlichen Dienste, d. h. im Kreise des öffentlichen Rechts (nämlich bei Ausübung der dem Staat als solchem zustehenden Strafgewalt) vornahm, während ich hier nur diejenigen Amtshandlungen vor den Civilrichter ziehe, durch welche der Beamte für den Staat ein bürgerliches Rechtsgeschäft eingeht, hinsichtlich deren also der Staat nicht als Inhaber einer Regierungsgewalt, sondern lediglich als Privatperson auftritt, durch seine Agenten somit auch nur als Privatperson vertreten werden kann. D. R.

Digitized by Google

sprochen wird, welche er innerhalb seines Auftrags gut oder schlecht vollzieht, so scheint mir doch die Amtsbefugniß eines Staatsbeamten in Beziehung auf seinen ganzen Dienst und alle darin liegenden einzelnen Vorkommenheiten eine allgemeine zu seyn, und wenn es nun der Verwaltungsbehörde allein zustehen soll, zu beurtheilen, ob der Verwaltungsbeamte eine in seiner Dienstbefugniß an und für sich liegende Handlung rechtmäßig oder unrechtmäßig vollzogen hat, so scheint es mir doch ziemlich nahe zu liegen, daß die Verwaltungsbehörde auch zu beurtheilen hat, ob etwas in der Dienstbefugniß eines Verwaltungsbeamten überhaupt gelegen ist, denn die Einhaltung der Befugnisse eines Dienstes ist die Vorbedingung der Rechtmäßigkeit der Amtshandlungen selbst, und wer eine Amtshandlung unternimmt, wozu er nicht befugt ist, begeht gerade und eben so gut eine unrechtmäßige Diensthandlung, als wie wenn er eine sonst befugte Diensthandlung auf eine ungesetzliche Weise vornimmt. Aus allem diesem wird aber wohl mit ziemlicher Gewißheit hervorgehen, daß der in dem Aufsatz der Redaction aufgestellte Unterschied zur Beurtheilung der Kompetenzkonflikte, in Beziehung auf Klagen gegen den Fiskus in keiner Weise ausreicht, und daß er insbesondere die allgemeine Frage, in wie weit die Gerichte die Folgen der Diensthandlungen der Beamten gegen den Staat und ihre dazu bestehende Amtsbefugniß zu beurtheilen haben, nicht so entscheidet, wie es die Selbstständigkeit dieser Frage bei den darauf zurückführenden Kompetenzkonflicten verlangt. Bei zu erwartender Bestreitung des hier vom Staatsministerium ausgesprochenen Grundsatzes behalte ich mir vor, auch meine Meinung darüber zu äußern *), glaube jedoch jetzt schon behaupten zu können, daß man bei allen Kompetenzkonflicten aus Klagen gegen den Staat die richtigste Entscheidung nur dann finden wird, wenn man nach Vorschrift des §. 4 der Pr. Ord. untersucht, ob die den Kompetenzkonflikt veranlassende Streitigkeit in jeder Beziehung aus privatrechtlichen Verhältnissen sich ableitet; so wie dabei Fragen und Umstände vorkommen, welche nicht aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringen, und welche bei Entscheidung der Streitigkeit nicht ganz ausgeschieden werden können, so sind die Gerichte unzuständig, obschon auch andere Fragen dabei vorkommen, welche sonst rein privatrechtlicher Natur sind. Uebrigens gebe ich alsbald zu, daß der Grund der getroffenen Entscheidung, die Gerichte seien unzuständig, weil die Frage ihrer Beantwortung nicht aus den Bestimmungen des Privatrechts finde, in der Auslegung der Bestimmungen, daß man darunter Vorschriften des Privatrechts versteht, nicht wohl vertheidigt werden kann, denn die Gerichte entscheiden vielfache Prozesse, und nehmen ihre Entscheidungsgründe aus Bestimmungen des öffentlichen Rechts, z. B. in Pensionsansprüchen aus dem Luneviller Frieden. Es scheint das Wort Bestimmungen des Privatrechts aber mehr eine unrichtige Fassung, oder vielmehr eine metonymia subjecti zu seyn, wo man das continens pro re contenta, die Bestimmungen des Privatrechts, für die Gegenstände und Verhältnisse desselben zwar im Wortausdruck, nicht aber in der Absicht gewählt hat.

Hinsichtlich der Anmerkungen der Redaction zu dem Nr. 1 mitgetheilten Rechtsfall selbst muß ich aber in jeder Hinsicht dabei stehen bleiben, daß sich die Dienstbefugniß des Staatsbeamten, und insbesondere des Ministers, nicht nur nach den objectiven Gesetzen und Verordnungen der Staatsorganisation überhaupt, sondern auch allerdings nach den Positionen seines Specialetats richtet, wie solcher in dem von den Kammern und der Regierung genehmigten, und publicirten Staatsbudget aufgenommen ist, und werde nie und nimmermehr zugeben, daß dieser Etat nur eine Verwaltungsmaßregel, nur eine von der Regierung ihren Beamten ertheilte Vorschrift über die Art und Weise des Staatshaushalts ist. Die die Kompetenz des Ministers umfangenden objectiven, qualitativen Gesetze und Verordnungen erfassen die Frage, wer die Anordnungen zu treffen habe, welche die Verausgabungen der Staatsgelder nach sich führen. Das Budget, die verschiedenen Etats, bestimmen aber quantitativ die Größe der nach diesen Anordnungen zu verausgabenden Staatsgelder, und wenn nun der Minister in seiner Dienstbefugniß nicht daran gebunden ist, wenn, sage ich, es zur Fortwirkung einer Verausgabung von Staatsgeldern, oder eine solche Verausgabung unmittelbar nach sich führenden Verbindlichkeit des Staats, durch Handlungen des Ministers, gegen den Staat nur darauf ankommt, ob der Minister nach den allgemeinen objectiven Organisationsverordnungen subjectiv die Befugniß hatte, die die Ueberschreitung des Etats mit sich führende Anordnung zu erlassen, so ist das Budget ein leerer Schall, eine Illusion, und die Minister sind nicht die Verwalter, sondern die Herren des Staatsbeutels. Der Kriegsminister schließt z. B. mit subjectiver Kompetenz die Verträge über Lieferung der militärischen Bedürfnisse, und wenn nun dafür im Etat 200,000 fl. aufgenommen sind, er schließt aber Verträge über zwei Millionen Gulden, so

*) Da weder oben in diesem Aufsatze, noch in jenem in Nr. 1 der Annalen das thatsächliche Verhältniß angegeben ist, um welches es sich im vorliegenden Streite handelt, namentlich nicht, auf welchem Grunde die Klage beruhe und welches Begehren gestellt wurde, so kann ich meine Ansicht über die erfolgte Staatsministerialentscheidung nicht äußern, bemerke jedoch, daß mir nach dem in der Note *) (auf Seite 241) Gesagten das im Eingang des obigen Aufsatzes erwähnte Rescript in seinen Motiven jedenfalls zu allgemein lauten dürfte.

D. R.

Digitized by Google

müßte der Staat diese Verträge halten *), und die Regierung hätte nur den Regreß an den Minister, obschon sie selbst nicht gesonnen wäre, die Ueberschreitung des Etats zu genehmigen. So ist es nicht, gerade darin besteht das Wesen des Ausgabenbudgets, daß es die zu verausgabenden Staatsgelder fest in ihrer Größe bestimmt, für ungewisse Ausgaben aber feste Kredite eröffnet, und daß es durch Vereinbarung zwischen Kammern und Regierung und Publikation, seinem Inhalt nach, eben so gut ein Gesetz, als wie irgend ein anderes wird. Wäre es nicht so, wäre es im Allgemeinen und in den Specialbudgets nur eine Verwaltungsmaßregel, so hätte es die Regierung in der Hand, jeden Tag es zu ändern, und zu erhöhen **), und nicht abzusehen wäre es, warum sie die mit der Verwaltung nichts zu schaffen habenden Kammern damit plagt. Diese Ansicht erregt auch wohl keine grenzenlose Verwirrung, denn sie besteht in geordneter Staatsverwaltung in allen Repräsentativstaaten ***), und sie ist es gerade, welche der Willkühr, der Verschleuderung der Staatsgelder, und der Unordnung des Staatshaushalts vorbeugt. Wie will man denn auch auf eine feste Weise die von den Unterthanen zu erhebenden Staatseinnahmen bestimmen, wenn man keine feste Regel über die Staatsausgaben aufstellt.

Sander.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Kann ein Ausländer oder Schutzgenosse im Großherzogthum Baden das Verbrechen des Hochverraths begehen?

Das großherzogliche Hofgericht am Unterrhein entschied diese Frage bejahend in der Anklagesache gegen August Schäfer von Sindelfingen, wozu sich die Entscheidungsgründe in Nr. 24 der Annalen befinden.

Es wird aber wohl mit Recht denselben Folgendes entgegengehalten werden können.

So verschieden und schwankend die Ansichten der verschiedenen Rechtslehrer des gemeinen deutschen Criminalrechts über den Thatbestand des Hochverraths sind, so sind doch wenigstens die gewichtigsten Autoritäten, als: Feuerbach, Martin, Grolmann und Henke, welche sogar die strengsten Theorien in dieser Lehre aufstellen, darüber einig:

„daß zum Thatbestand des Hochverraths die Eigenschaft eines Staatsbürgers gehöre."

Hiemit stimmt im Wesentlichen der §. 63 unseres Strafedikts, in Verbindung gesetzt mit Art. 124 der Carolina, überein, indem hier der Hochverrath als Verrath am eigenen Herrn beschrieben wird.

Theilweise ist diese Ansicht auch von dem großherzoglichen Hofgericht getheilt worden, indem dasselbe annahm, daß der Begriff des Hochverraths eine Verbindlichkeit zur Treue voraussetze, die von einem fremden Unterthan gegen einen ihm fremden Staat nicht verlangt werden könne.

Allein man hielt dennoch in dieser Beziehung den Thatbestand des Hochverraths in der oben angeführten Anklagesache für hergestellt, weil der Angeklagte zu vorübergehenden Zwecken sich einige Zeit im Großherzogthum Baden aufhielt, und demnach als Schutzgenosse nach §. 6 des 6ten Constitutionsedikts zu den badischen Staatsangehörigen zu rechnen sei, welche während ihres Aufenthaltes im Lande in einer beschränkten Unterthanenpflicht stünden. Diese beschränkte Unterthanenpflicht begreift aber noch keineswegs das Staatsbürgerrecht, dessen Vorhandenseyn beim Hochverrath verlangt wird, in sich; dieses sagt selbst ausdrücklich der in den Entscheidungsgründen des großherzoglichen Hofgerichts allegirte §. 6 des 6ten Constitutionsedikts.

Wegen dieser beschränkten Unterthanenpflicht ist wohl der Ausländer, resp. Schutzgenosse der inländischen Gesetzgebung, den inländischen Gerichten unterworfen, er wird aber deßhalb noch nicht zum Staatsbürger.

Mangelt dieses wesentliche Requisit des Thatbestandes, so kann weder die Thätigkeit der Gerichte gegen den Ausländer oder Schutzgenossen wegen Hochverrath eintreten, noch die Gesetze über Hochverrath auf ihn Anwendung finden.

Die Eigenthümlichkeit der hohen Strafe, welche auf den Hochverrath gesetzt ist, liegt darin, daß der Verbrecher seinen Huldigungseid bricht, daß er die zwischen Staat und Staatsbürger bestehende pietas parentelis verletzt.

Diese Requisiten sind hier aber keineswegs dadurch vorhanden, daß der §. 6 des 6ten Constitutionsedikts neben dem gemeinen Criminalrecht gesetzlich besteht.

Durch diesen §. sollten nach seiner ganzen Fassung und Zusammenstellung mit den übrigen §§. wohl nicht die im Allgemeinen bei uns geltenden gesetzlichen Bestimmungen über den Thatbestand des Hochverraths abgeändert, sondern nur bestimmt werden, daß unter gewissen Voraussetzungen, und wenn der Thatbestand des Verbrechens vollständig vorhanden ist, die inländischen Gesetze auf Ausländer Anwendung finden, und die innländischen Gerichte competent sind.

So wenig, wie eine fremde dritte Person einen Vatermord begehen kann, so wenig kann ein Ausländer oder Schutzgenosse einen Hochverrath vollbringen, und gegen denselben kann wohl in so lange nach den gegenwärtig bestehenden Gesetzen keine Strafe eintreten, als in seiner Handlung nicht der Thatbestand eines andern Verbrechens liegt.

Weller junior.

---

*) Stünde es dann der Regierung etwa frei, zu bestimmen, welche von den abgeschlossenen Lieferungsverträgen als durch die Budgetsumme von 200,000 fl. gedeckt aufrecht erhalten, und welche unter die Ueberschreitungssumme von 1,800,000 fl. zu rechnen und zu annulliren seien? — oder hätte unter den verschiedenen Gläubigern aller 2,000,000 fl. eine Art Konkursverfahren Statt, um die budgetmäßigen 200,000 fl. unter sich vertheilen zu lassen? — D. R.

**) O nein! — Ist der Regierung die Verwaltungsregel nicht durch eine bloße Verordnung, sondern durch das Finanzgesetz vorgeschrieben, so kann sie dieselbe auch nicht nach Belieben einseitig wieder abändern, und sie ist den Kammern für jede Abänderung verantwortlich. D. R.

***) Ich hätte gewünscht, mein Freund hätte einen Repräsentativstaat genannt, in welchem der von ihm aufgestellte Grundsatz wirklich anerkannte Geltung hätte. D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 8. Oktober 1836.

I.

Kann Herzenshärtigkeit nach L. R. S. 231 oder 310 einen gesetzlichen Grund zur Klage auf Ehescheidung abgeben?

Die Ehefrau des Georg Reu von Hiffenhardt hatte wegen angeblicher Mißhandlungen ihren Mann verlassen, und Ehescheidungsklage gegen ihn erhoben, in welcher sie wegen Mangel an Beweis unterlag.

Sie verweigerte darauf die Rückkehr zu ihrem Mann, und beharrte auf dieser Weigerung, auch nachdem sie mehreremal, und zuletzt auf hofgerichtliche Anordnung, zur Beugung ihrer Widerspenstigkeit eingesperrt worden war.

Nun klagte der Mann auf Scheidung wegen harter Mißhandlung, und das Hofgericht am Unterrhein erkannte auch hierauf.

Auf ergriffene Appellation wurden jedoch in der Plenarsitzung des Oberhofgerichts folgende abweichende Grundsätze geltend gemacht:

Wenn man mit dem Großherzoglichen Hofgerichte den Rechtssatz annimmt, daß eine durch die eheordnungsmäßigen Zwangsmaßregeln nicht gebeugte Verweigerung der ehelichen Pflichten zufolge der Just. M. Erl. vom 4. November 1812 immer eine grobe Mißhandlung des andern Ehetheils sei, und daß darauf hin dieser Ehegatte die Ehescheidung aus Artikel 231 verlangen könne, so ist an der Begründung der vorliegenden Klage nicht zu zweifeln, denn die widerspenstige Frau wurde in der Absicht, ihre Abneigung gegen das Zusammenleben mit dem Kläger zu beugen, fünfmal hintereinander, und das leztemal vier Wochen lang eingesperrt, und wenn gleich nach der alten Gesetzgebung (Eheordnung §. 27) diese Beugungsversuche bis zu einjährigem Verhaft in Besserungshäusern ansteigen können, so ist doch nirgends im alten Recht vorgeschrieben, daß die Oberpolizeibehörde diese ganze Strafgewalt erschöpft haben müsse, ehe der andere Ehetheil aus der Pflichtenverweigerung einen Scheidungsgrund ableiten könne, sondern der §. 43 der Eheordnung verlangt nur schlechthin, daß diese Verweigerung durch polizeiliche Zuchtmittel nicht zu überwinden gewesen sei, und drei Jahre lang gedauert habe. — Es war also schon nach dem alten Recht lediglich in das Ermessen des Richters gestellt, ob er die Beugungsversuche bis auf den höchsten Grad anwenden, oder schon vorher davon ablassen wollte; zur Statthaftigkeit der Scheidungsklage war nur nothwendig, daß überhaupt polizeiliche Zwangsmaßregeln nebst gütlichen Versöhnungsmitteln statt gehabt hatten. Wenn nun aber die neue Gesetzgebung die Herzenshärtigkeit als selbstständigen Scheidungsgrund offenbar nicht kennt, sondern nur in so fern zuläßt, als darin eine grobe Mißhandlung oder Verunglimpfung gegen den andern Ehegatten enthalten ist, so muß es noch viel mehr in das Ermessen des Richters fallen, zu bestimmen, welches Maß und welche Gattung von polizeilichen Besserungsversuchen für hinreichend erachtet werden sollen, um das Vorhandenseyn einer wahren Herzenshärtigkeit anzunehmen.

Auch darüber läßt sich mit gutem Grunde streiten, ob nach dem jetzigen Stand der Gesetzgebung zum Begriff einer Ehescheidung begründenden Herzenshärtigkeit noch gehöre, daß die Pflichtverweigerung drei Jahre lang gedauert habe; Annalen IV. S. 51.

Ich umgehe jedoch diese Erörterung, ohnerachtet es, wie sich weiter unten zeigen wird, an diesem Erfordernisse fehlt, indem die Beklagte nicht schon über drei Jahre in ihrer Pflichtverweigerung beharrt, und zwar um deßwillen, weil ich den Rechtssatz, daß eine jede Ehepflichtverweigerung, sobald sie den Charakter einer Herzenshärtigkeit im Sinne der Eheordnung annimmt, eine grobe Mißhandlung oder Verunglimpfung, oder doch derselben gleich zu achten sei, für durchaus irrig halte. Er folgt nicht aus der Justizministerialerläuterung von 1812, und würde er daraus folgen, so wäre dieselbe kein bindendes Gesetz. Zwar spricht eine konstante Praxis der Gerichtshöfe für diesen Rechtssatz, allein auch ein lang andauernder und oft wiederkehrender Irrthum ist nicht minder ein Irrthum, und daß er in diesem Gerichts-

Digitized by Google

hofe schon kräftige Bekämpfung gefunden hat, beweist der Aufsatz im Archiv IV. S. 40.

Daß es die Meinung unserer Gesetzgebung nicht war, die Herzenshärtigkeit als selbstständigen Scheidungsgrund beizubehalten, wird allerseits anerkannt, und bedarf deßhalb keiner Widerlegung, daß es aber auch die Meinung nicht war, die Herzenshärtigkeit schlechthin als grobe Mißhandlung oder Verunglimpfung unter den L. R. S. 231 zu stellen, darüber hat sich der Redakteur unseres Landrechts in der Erläuterung zu Artikel 232 a. und 233 deutlich ausgesprochen; es ist zwar diese Aeußerung des Commentators gerade für unsere Streitfrage schätzbar, allein auch ohne dieselbe könnte nicht daran gezweifelt werden, daß beim Mangel aller Bestimmung in der neuen Gesetzgebung über die Begriffe der Herzenshärtigkeit und der Mißhandlung, aus der alten Gesetzgebung, welche nur den erstern Begriff bestimmt, unmöglich erläutert werden kann, ob und in wie fern dieser mit jenem zusammenstimme. — Der Begriff der groben Mißhandlung und Verunglimpfung ist weder durch ein altes, noch durch ein neues Gesetz bestimmt, es ist also lediglich in das Ermessen des Richters gestellt, sich diesen Begriff selbst zu bilden, und die vorkommenden Thatsachen darunter zu stellen.

Unter Verunglimpfung, welcher Ausdruck dem französischen injure, calomnie, medisance, blame, décri und dem lateinischen conficium (oder injuria im engern Sinn) entspricht, versteht man schon an sich, besonders aber, wenn es als Gegensatz von Mißhandlung gebraucht wird, eine die Ehre oder das Gemüth verletzende Behandlung in bloßen Worten, und zwar gleichviel, ob die verletzenden Worte an den Verletzten unmittelbar gerichtet sind (eigentliche Schmähreden), oder ob die verletzenden Aeußerungen gegen Dritte geschehen (üble Nachreden). — Ueber diesen Begriff und dessen Beschränkung auf wörtliche Beleidigungen ist unter den Rechtslehrern kein Streit, Zachariä, III. S. 80. Toullier, II. S. 41. Sirey, ad art. 231. Paillet, ad h art.

Die von dem letztern Schriftsteller mitgetheilten Entscheidungen der französischen Gerichtshöfe gehen durchgängig von diesem Begriffe aus, mit alleiniger Ausnahme der in Note 12 angeführten, wo man es als eine injure grave ansah, daß ein Mann mit seiner Frau eine Uebereinkunft getroffen hatte, zufolge welcher sie einige Stunden vom Wohnorte des Mannes entfernt wohnen sollte.

Auch Brauer ad Artikel 231 versteht unter Verunglimpfung nur durch Reden verübte Verletzungen oder Beleidigungen.

Wenn nun hiernach als unbestritten angenommen werden kann, daß Verunglimpfung nur eine Verletzung durch Worte ist, so ist es auch außer Zweifel, daß die Thatsache der Ehepflichtverweigerung, so weit solche nicht mit verletzenden Reden verbunden, sondern lediglich Handlung ist, Herzenshärtigkeit an und für sich nie eine Verunglimpfung seyn kann, wie solches von den Vertheidigern der gemeinen Praxis häufig behauptet wird. Vergleiche den oben angeführten Aufsatz in Annalen IV.

Die Herzenshärtigkeit ist immer eine bald ommissive, bald kommissive Handlung, wenn sie also unter einen der in Artikel 231 aufgestellten Scheidungsgründe gezogen werden kann, so ist es nur die Art derselben, deren Begriff nicht auf Beleidigung durch Worte, sondern auf Beleidigung durch Handlungen geht, sie muß mithin, da von einer Lebensgefahr hier offenbar nicht die Sprache ist, eine harte Mißhandlung seyn, wenn sie eine Scheidungsklage begründen soll. — Hiermit stimmt auch die Justizministerialbelehrung von 1812 (die Hauptgrundlage der in Frage stehenden Praxis) überein, welche nirgends die Herzenshärtigkeit unter die Verunglimpfungen zählt, sondern lediglich sagt, daß solche auch unter die Rubrik grober Mißhandlungen gehören können.

Durch den deutschen Ausdruck harte Mißhandlung, welcher dem französischen serice und dem lateinischen saeritia entspricht, wird zunächst, im Gegensatz von bloßen Wortbeleidigungen, eine Beleidigung oder Verletzung durch Handlungen bezeichnet, und zwar gemein hin solche Handlungen, welche eine körperliche Einwirkung auf den Mißhandelten, eine Thätlichkeit, enthalten. Der gemeine Sprachgebrauch versteht zunächst oder im eigentlichen Sinne unter Mißhandlung eine rechtswidrige Thätlichkeit gegen Jemanden; unter schwerer oder harter Mißhandlung aber ist, mit Rücksicht auf den dadurch übersetzten französischen Ausdruck, eine solche Thätlichkeit zu verstehen, welche den Charakter der Wildheit, Rohheit, Grausamkeit an sich trägt, ohne gerade bis zur Lebensgefährlichkeit (excés) zu steigen.

Wenn jedoch die Worte Mißhandlung und serice in ihrer ursprünglichen Bedeutung nur auf körperlich verletzende Handlungen gehen, so versteht man in der nachfolgenden oder uneigentlichen Bedeutung auch andere, nicht am Körper, wohl aber an der Ehre oder dem Gemüthe schwer verletzende Handlungen darunter; ein zart fühlender Mensch kann durch eine herabwürdigende Behandlung so empfindlich und noch empfindlicher verletzt werden, als durch die gröbste Thätlichkeit, und der gemeine Sprachgebrauch bezeichnet längst ein solches Verfahren, selbst wenn es nur in Worten bestünde, als Mißhandlung, und nach Umständen als eine harte oder grausame Mißhandlung. Der Ehemann, welcher die Kinder seiner Frau aus früherer Ehe wiederholt auf eine rohe und grausame Weise behandelt, verübt dadurch noch keine Thätlichkeit gegen die Frau, allein er verletzt das mütterliche Herz auf eine empfindlichere Weise, als wenn er die nämlichen Mißhandlungen an ihr selbst verübt hätte. Der wohlhabende Mann, welcher für seine Person in Ueberfluß und

Digitized by Google

Gemächlichkeit lebt, dabei aber seine Frau an der nothwendigsten Nahrung und Kleidung Mangel leiden läßt, und sie zu den niedersten Diensten anhält, kann alles dieses ohne Thätlichkeit bewirken, dennoch wird jeder Gebildete sein Betragen als Mißhandlung bezeichnen.

Es darf also wohl angenommen werden, daß nach dem jetzigen Bildungsstande unseres Volkes der Begriff einer Mißhandlung sich nicht auf körperliche Thätlichkeiten beschränkt, sondern daß darunter jede Handlung zu ziehen ist, welche die Ehre oder das Gefühl auf eine empfindliche Weise verletzt; und wenn nach dem gemeinen Sprachgebrauche auch in bloßen Worten eine Mißhandlung bestehen kann, so ist im Gesetze durch die Unterscheidung der bloßen Verunglimpfung von der Mißhandlung der Begriff der letztern auf eigentliche Handlungen beschränkt.

Wenn nun aber der Begriff der Mißhandlung in der angegebenen Art anzunehmen ist, und wenn demnach auch eine harte Mißhandlung, eine saevitia, durch Handlungen begangen werden kann, welche zwar nicht den Körper, aber doch das Gemüth oder die Ehre auf eine rohe oder grausame Weise verletzen, so läßt sich allerdings der Fall denken, daß die Verweigerung der Ehepflicht auf eine Weise geschieht, daß dadurch dem Ehegatten eine zarte Mißhandlung zugefügt wird.

Wenn z. B. der Mann die Frau auf die oben angegebene Art herabwürdigt, oder wenn er ihr die Aufnahme in der ehelichen Wohnung hartnäckig verweigert *), und sie dem Elend preis gibt, so wird man hierin ohne Zweifel eine harte Mißhandlung finden.

Der Satz ist also wohl nicht zu bestreiten, daß eine beharrliche Verweigerung der Ehepflichten eine harte Mißhandlung seyn kann, und da die Justizministerialbelehrung von 1812 mehr als dieses nicht anführt, so halte ich sie für vollkommen gerechtfertigt; wenn man aber weiter geht, und behauptet, jede Ehepflichtverweigerung, welche durch hinzugetretene Beugungsversuche (und etwa durch dreijährige Andauer) den Charakter einer Herzenshärtigkeit im Sinne der Eheordnung annehme, sei schlechthin eine harte Mißhandlung, so ist diese Behauptung durchaus in keinem Gesetze begründet. Im Gegentheil lassen sich die Fälle denken, und die allermeisten sind von der Art, daß der Ehegatte, welcher die gemeinsame Wohnung verläßt, und das eheliche Zusammenleben mit dem andern Ehegatten und vielleicht theuern Kindern beharrlich verweigert; zu diesem in der Regel immer schweren Schritt nur durch eine vorausgegangene fortgesetzte üble Behandlung des andern Theils vermocht wurde, welche ihn vielleicht zur Scheidungsklage berechtigen würden, die er aber nur nicht beweisen, oder aus einem achtbaren Schamgefühl nicht einmal angeben kann. In solchen Fällen ist dann das Erstehen der Beugungsversuche nicht nur kein Beweis für die Unverträglichkeit und das Unrecht des verweigernden Theils, sondern im Gegentheil ist es eine Art von Folterbeweis für seine Unschuld, und ein Vermuthungsgrund für die Existenz erheblicher Gründe zu der Pflichtverweigerung.

Ein derartiger Fall ist es gerade, welcher hier vorliegt; die jetzt beklagte Frau klagte früher gegen ihren Mann auf Scheidung, und führte als Grund an, daß sie von ihrem Manne und dessen Eltern mißhandelt worden sei, insbesondere beschuldigt sie ihren bei ihr wohnenden Schwiegervater, daß er sie mit einem Steinschlegel zu schlagen gedroht habe, und diese letztere Thatsache ist von einem Zeugen und dem Ehemanne selbst dahin angegeben, daß der Schwiegervater der Frau, als sie die Wohnung verlassen, und ihre Kleider mit sich nehmen wollte, gesagt habe, sie solle die Kleider da lassen, oder er schlage ihr den Steinschlegel über den Kopf, wobei derselbe, nach des Zeugen Aussage, den da gestandenen Steinschlegel zur Hand nahm.

Diese Thatsache, in Verbindung mit den erstandenen polizeilichen Beugungsversuchen, bietet wenigstens einige Wahrscheinlichkeit dar, daß die Ehefrau nicht aus Muthwillen, sondern aus Furcht vor Mißhandlung das eheliche Zusammenleben mit dem Kläger verweigert; schon deßhalb, so wie aus dem weitern Grunde, daß die Verweigerung nicht auf eine die Ehre oder das Gemüth des Klägers verletzende Weise geschah, indem er dadurch blos die Vortheile des ehelichen Lebens entbehrte, auf welche die Frau ihrerseits ebenfalls verzichten mußte, finde ich keine Mißhandlung in der Weigerung; jedenfalls kann aber von einer harten oder grausamen Handlungsweise auf Seiten der Frau die Rede nicht seyn, da sie ihren verlassenen Mann nicht härter als sich selbst behandelte, da sie ihm nur Gemächlichkeiten und Annehmlichkeiten entzog, deren sie selbst durch ihre Weigerung in größerem Grade entbehrt, weil sie sich außer Genuß des ehelichen Vermögens gesetzt hat, in welchem der Mann ausschließlich blieb.

Ein solches Betragen aber, wodurch man Jemanden gewisse, aus einem Vertrage abfließende Vortheile, verweigert, ohne solche für sich ausschließlich zu vindiziren, wo man vielmehr für sich selbst auf dieselben Vortheile verzichtet, und zugleich dem Andern andere aus demselben Rechtsgeschäft abgeleitete gegenseitige Vortheile ausschließlich überläßt, ein solches Betragen kann wohl Rechtskränkung, aber es kann nicht Mißhandlung und noch weniger eine harte Mißhandlung im Sinne des Urtextes, nämlich eine den Charakter unmäßiger Strenge oder Grausamkeit an sich tragende Behandlung genannt werden.

Ich glaube demnach, daß die Ehepflichtverweigerung der beklagten Ehefrau, so wie solche vorliegt, eine harte Miß-

*) Einen solchen Fall theilt Sirey ad art. 231 mit, welchen jedoch der Gerichtshof als grobe Verunglimpfung (injure grave) behandelt, was er offenbar nicht war. D. R.

Digitized by Google

handlung nicht enthält, und daß demnach die Ehescheidungsklage aus Artikel 231 nicht begründet ist.

Es wird sich hiernach nur noch fragen, ob nicht der Antrag auf Ehescheidung durch L. R. S. 310 begründet werde? Die Klage ist zwar ausdrücklich nicht auf diesen L. R. S., sondern auf Artikel 231 gestützt, allein da der L. R. S. 236, in Uebereinstimmung mit den entsprechenden Vorschriften der P. O., die Aufstellung eines rechtlichen Klaggrundes nicht, sondern nur die Angabe der Thatsachen verlangt, auf welche die Klage gebaut wird, so kann dieß den Richter nicht hindern, die Entscheidung aus einem andern, als dem vom Kläger angezogenen Gesetze zu schöpfen.

In der Klage vom 22. Oktober 1835 ist nun die Thatsache behauptet, daß die Beklagte sich bald nach der am 22. Januar 1832 geschlossenen Ehe von ihrem Manne weggegeben habe, und seither, trotz der angewandten polizeilichen Zwangsmittel, nicht wieder zu ihm zurückgekehrt sei.

Es wird also zu erörtern seyn:

a) Wenn der Artikel 310 dem Ehegatten, welcher einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett unterlag, nach dreijähriger Dauer dieser persönlichen Trennung eine Scheidungsklage ertheilt, muß nicht noch weit eher dieselbe Klage dem Ehegatten zustehen, von welchem sich der andere ohne gerichtliche Ermächtigung drei Jahre lang persönlich getrennt hat?

b) Dieses als richtig angenommen, sind die Voraussetzungen des Artikels 310 in unserm Falle vorhanden?

ad a) Es kann wohl nicht mit Bauer angenommen werden, daß die Bestimmung des Artikels 310 im Interesse des schuldigen und desjenigen Ehegatten gegeben sei, welcher in dem vorhergegangenen Trennungsprocesse unterlegen war, denn wenn es gleich lästig, und nach Umständen höchst lästig für einen Ehegatten seyn mag, von dem andern, ohne gegründete Hoffnung auf Wiedervereinigung, persönlich getrennt zu seyn, so ist doch in dem vom Gesetze vorgesehenen Falle die Belästigung vom Ehegatten selbst verschuldet, also für den Gesetzgeber kein Grund vorhanden, ihm die Mittel zur Erleichterung seines Zustandes darzubieten, und es wäre in der That eine Ungerechtigkeit der Gesetzgebung, wenn sie ihm solches Mittel, wie im Artikel 310 geschieht, auf Kosten des unschuldigen mißhandelten Theils und seines guten Rechts gewähren wollte. Dagegen hat der Staat zu allen Zeiten ein wichtiges Interesse, daß Ehen bestehen, und zwar friedliche, den Wohlstand und die Kinderzucht fördernde Ehen; diese muß er schlechthin begünstigen, und wenn solches selbst zum Abbruch der Rechte eines unschuldigen Ehegatten geschieht, so ist es keine Härte, keine Ungerechtigkeit, sobald der dem Staatswohl geltende Zweck auf anderem Wege nicht zu erreichen ist.

Auf diesem Staatsinteresse beruht der in unser Landrecht aufgenommene Grundsatz der Auflösbarkeit des Ehebandes und des Rechts der Wiederverheirathung für den schuldigen wie für den unschuldigen Theil; derselbe Grund, aus welchem der Staat die Ehescheidung bis auf einen gewissen Punkt erschwert, mußte ihn auch bestimmen, über diesen Punkt hinaus die Ehescheidung selbst zu begünstigen; denn wenn sich die Verhältnisse einer Ehe einmal so gestaltet haben, daß deren friedliches Fortbestehen nicht mehr zu hoffen ist, so verlangt der Zweck des Staats, daß sie aufgelöst werde, und eine neue bessere an ihre Stelle trete, und so ist denn die Ehescheidung, wie solche das Landrecht einführt, und insbesondere die des Artikels 310, nichts anderes, als eine Begünstigung des Ehrinstituts an sich.

Es wird also bei Entscheidung der Frage nicht darauf ankommen, ob der Rechtsstand dessen, der wegen Herzenshärtigkeit auf Scheidung klagt, ein besserer, oder doch mindestens ein gleichguter sei, wie der desjenigen, welcher nach dreijähriger Trennung von Tisch und Bett aus Artikel 310 auf Scheidung klagt, denn diese Scheidung ist nicht im Interesse des Klägers, sondern in jenem des Ehrinstituts eingeführt. Vielmehr wird Alles davon abhängen, ob in jenem Fall die Unwahrscheinlichkeit einer Wiedervereinigung eben so stark sei, wie im letzten?

Für die verneinende Beantwortung dieser Frage spricht vorerst der Umstand, daß das Gesetz nur für den letztern, nicht auch für den ersten Fall die Scheidungsklage gibt, und daß bei der im Gesetz abgeschlossenen Reihe von Scheidungsursachen eine Vervielfältigung dieser im Weg der Interpretation schon überhaupt, besonders aber in Bezug auf die eben in Sprache stehende Herzenshärtigkeit unzulässig erscheint; weil diese im alten Recht einen Scheidungsgrund bildete, und, wie die Nichtaufnahme in den Zusatzartikeln des Landrechts und Bauers Zeugniß beweist, nicht beibehalten werden wollte.

Hielte man aber auch die ausdehnende Interpretation hier für zulässig, so läßt sich doch im Allgemeinen nicht behaupten, daß im Fall einer Herzenshärtigkeit die Wiedervereinigung der Eheleute zu einer friedlichen Ehe in gleichem Grade unwahrscheinlich sei, wie in Fällen des Artikels 310.

In den Fällen der letztern Art muß nothwendig immer schon in dem vorhergegangenen Trennungsproceß der Beweis von vollgültigen Scheidungsgründen, also von Thatsachen geführt seyn, von welchen das Gesetz ausdrücklich anerkennt, daß sie einen Schluß auf die absolute Unwahrscheinlichkeit einer Wiedervereinigung begründen; im Fall einer Herzenshärtigkeit dagegen ist es vorerst nur möglich, und zuweilen vielleicht auch wahrscheinlich, daß der die Ehepflicht verweigernde Ehegatte vom andern eine Behandlung erfahren habe, welche, wenn sie erwiesen wäre, einen gesetzlichen Vermuthungsgrund für die Unausführbarkeit abgeben würde.

(Schluß folgt.)

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 15. Oktober 1836.

I.

Kann Herzenshärtigkeit nach L. R. S. 231 oder 310 einen gesetzlichen Grund zur Klage auf Ehescheidung abgeben?

(Schluß.)

Auch aus einem andern Gesichtspunkte ist die Unwahrscheinlichkeit der Wiedervereinigung im Falle des Artikels 310 stärker, als bei der bloßen Herzenshärtigkeit: im erstern wird nämlich der Ehegatte, welcher die Trennung von Tisch und Bett bewirkte, immer sofort in den Besitz seines Beibringens und Gemeinschaftsantheils gesetzt (Artikel 1441), während der die Ehepflicht verweigernde weitaus in den meisten, ja vielleicht in allen den Fällen, welche nicht den Charakter einer harten Mißhandlung annehmen, den andern Ehegatten im Besitz alles Vermögens läßt, und keine Unterhaltsrente von ihm bezieht, sich also regelmäßig in einer weit unbequemeren, zur Versöhnung sehr auffordernden Lage befindet.

Aus diesen Gründen ist die Bestimmung des Artikels 310 auf ihren Gegenstand zu beschränken, und auf den Fall nicht auszudehnen, wenn ein Ehegatte nicht auf richterlichen Trennungsausspruch, sondern eigenmächtig drei Jahre lang vom Andern getrennt lebte, und beharrlich die Rückkehr verweigert.

ad b) Nähme man aber auch an, eine dreijährige Herzenshärtigkeit wäre unter den Artikel 310 zu stellen, was jedenfalls keiner so gewaltsamen Interpretation bedürfte, als die Subsumtion unter Artikel 231, so würden doch in unserm Falle, hinweggesehen von dem Mangel eines die Trennung von Tisch und Bett aussprechenden Erkenntnisses, die andern Erfordernisse des Artikels 310 nicht vorhanden seyn.

Denn wenn gleich die beklagte Ehefrau nach erfolgtenen Beugungsversuchen wiederholt zur Rückkehr zu ihrem Manne aufgefordert wurde, und solches beharrlich verweigerte, so lag doch, weder zur Zeit der Klage, noch zur Zeit, wo das Hofgericht die Scheidung aussprach, eine dreijährige Herzenshärtigkeit vor. Es ist dieses schon in der Scheidungsklage vom 21. Oktober 1835 gar nicht behauptet, sondern dort nur angeführt, daß die Frau sich bald nach der am 22. Januar 1832 vollzogenen Ehe von ihm entfernt, eine Ehescheidungsklage wegen Mißhandlung erhoben, und nach Verwerfung dieser Klage durch Großherzogliches Hofgericht bis daher nicht zurückgekehrt sei. Die Akten zeigen auch, daß die Scheidungsklage der Frau erst durch Hofgerichtsurtel vom 5. September 1833 verworfen wurde, bis zu welcher Zeit sie denn auch nicht eigenmächtig, sondern in Folge richterlicher und gesetzlicher Erlaubniß von ihrem Manne getrennt lebte, und weßhalb die Beugungsversuche auch erst nach diesem Zeitpunkte eintraten. In der Zeit vor dem 5. September 1833 also war die Frau nicht aus Herzenshärtigkeit, sondern aus einem gesetzlich hinreichenden Grund, nämlich der Thatsache eines schwebenden Scheidungsprocesses, von ihrem Manne getrennt, vom 5. September 1833 aber bis zur Klagerhebung vom 21. Oktober 1835 sind nur zwei Jahre abgelaufen.

Das Plenum des Großherzoglichen Oberhofgerichts adoptirte mit sieben Stimmen gegen eine die hier entwickelten Grundsätze, und hielt deßhalb im vorliegenden Falle die Ehescheidungsklage nicht für begründet.

Trefurt.

II.

Ueber Gründlichkeit und Klarheit der Urtheile.

Schon mehreremale enthielt dieser Jahrgang der Annalen Bemerkungen und Wünsche über die zweckmäßigste Art der Geschäftsbehandlung bei den Gerichten (S. bes. p. 113, 140, 151, 185, 197); es dürfte daher am Orte seyn, zwei Punkte, die vielleicht noch der Verbesserung bedürfen, zur Sprache zu bringen, und dabei die Einrichtungen und Erfahrungen anderer Länder zu vergleichen. Diese Punkte sind:

Digitized by Google

I. Gründlichkeit der Urtheile.

Vergleicht man die Erkenntnisse badischer Gerichte aus der jetzigen Zeit mit solchen aus früherer Periode oder mit Entscheidungen aus manchen andern Staaten, so darf man sich wohl über die daraus hervorgehenden Fortschritte in Rechtsbildung der Richter freuen; man hört auch seit der nothwendigen Ertheilung von Entscheidungsgründen weniger darüber klagen, daß der Rechtspunkt der Urtheile vernachläßigt sei, als vielmehr über Mangel an gehöriger Auffassung der Thatsachen; nicht so ganz selten sind die Bemerkungen über Urtheile, daß der Richter thatsächliche Anführungen mißverstanden, ja gar ergänzt, oder auf unerhebliche Thatsachen Rücksicht genommen oder erhebliche übergangen habe.

Kömmt dies bei dem Einzelnrichter vor, so liegt die Schuld an diesem selbst, der das richterliche Fragerecht hätte üben sollen; — und es wäre zu wünschen, daß die §§. 338—340 der P. O. mehr in Anwendung kämen!

Allerdings steht dies Fragerecht auch nicht nur dem Präsidenten, sondern auch jedem Rathe als Richter im Collegialgerichte zu; aber sonderbarer Weise wird es da gar wenig geübt. Der Respicient und meist auch der Präsident kennen die Akten, und haben dadurch einen Anhaltspunkt für die Urtheilsfällung, die übrigen Räthe sollen aber eine klare Anschauung des Falles durch die mündlichen Vorträge erhalten; mögen nun die Räthe Scheu tragen, durch vielleicht unnöthige Fragen die Verhandlung zu verzögern, oder mögen sie sich wegen etwaiger Zweifel auf das Berathungszimmer vertrösten, wo sie nach wie vor dem bedeutenden Einflusse des Respicienten ausgesetzt sind! — genug, selten kömmt es vor, daß bei den Collegialgerichten das Fragerecht geübt wird; — nicht eben so selten aber ist es, daß in dem erlassenen Uetheil die Thatsachen mehr oder weniger unrichtig aufgefaßt werden.

Es ist nicht zu läugnen, daß durch die mündliche Verhandlung für die Gründlichkeit der Urtheile schon viel gewonnen ist; der Rath, welcher dabei aufmerksam ist, und sich etwa noch Bemerkungen aufzeichnet, wird Selbstständigkeit des Votums bewahren; — in einfachen Fällen, d. h. da, wo wenige Thatsachen in Frage stehen, wirkt die mündliche Verhandlung allein schon ganz vortrefflich. — Gleiches gilt aber nicht von verwickelten Fällen, wo viele zweifelhafte und widersprechende Thatsachen durcheinander laufen. Da reicht die Fassungskraft des Einzelnen oft nicht hin, jede Thatsache einzeln und im Zusammenhange mit den andern stets im Auge zu haben, und zu überlegen; wie gar, wenn der Richter an dem Tage gerade unwohl, nicht recht aufgelegt oder zerstreut ist? — oder wenn, mit Recht oder Unrecht, den Anwälten nicht gestattet wird, zu expliciren und zu dupliciren? — In einem solchen Falle bleibt eben die Anschauung des Rechtsstreits unvollständig, und dieser Mangel wird durch die leicht einseitigen Aufklärungen des nur einer Meinung folgenden Respicienten nicht ergänzt*).

Vergebens sieht man sich in unserer Proceßordnung nach einem Mittel der Abhülfe um! — und es dürfte dabei nicht uninteressant seyn, hier auf einige Bestimmungen des Civilproceßgesetzbuchs für den Kirchenstaat von 1834 aufmerksam zu machen **). Die Grundlage desselben ist der französische Code de procedure civile, welcher während der französischen Herrschaft auch in Italien eingeführt war, allein das neue römische Gesetzbuch zeichnet sich dabei vortheilhaft durch Beachtung eigenthümlicher Gewohnheiten und Erfahrungen, sowie durch ein löbliches Streben nach Gründlichkeit des Verfahrens aus.

Ich erlaube mir, besonders zwei hieher gehörige Bestimmungen hervorzuheben:

1) Die Abfassung von Urtheilsentwürfen. Im ordentlichen (nicht abgekürzten) Verfahren gibt nämlich das Gericht nach Verhandlung der Sache vorläufig nur seine Ansicht (opinamento) zu erkennen, welche den Parteien oder ihren Vertretern in Abschrift zugestellt wird. Vom Tage der Zustellung läuft ihnen dann eine Frist von zwanzig Tagen, um schriftlich ihre etwaigen Bemerkungen gegen den Entwurf einzureichen; sie können solche aber auch noch in der nach Ablauf der Frist anzuberaumenden Sitzung mündlich vorbringen; und erst hierauf wird das eigentliche Urtheil gefällt. Aber nicht blos in erster oder zweiter Instanz müssen Urtheilsentwürfe gemacht werden, sondern auch im höchsten Rechtszug, wo der Gebrauch um so wichtiger ist, als kein Rechtsmittel mehr einen etwaigen Irrthum des Gerichts über Thatsachen oder Recht heilen kann ***).

2) Die Vorschrift, daß die der mündlichen Verhandlung als Grundlage vorangehenden Schriftsätze jedem Rathe in Abschrift zugestellt werden müssen, so daß jeder (nicht blos der Respicient) sich vorbereiten kann, die mündliche Verhandlung besser verstehen wird, und sich eine eigene Ansicht zu bilden im Stande ist, ohne sich auf Andere verlassen zu müssen †).

---

*) S. auch Annalen IV. p. 152.

**) Eine lesenswerthe Darstellung dieses Gesetzbuchs hat gegeben Arndts in der kritischen Zeitschrift f. G. u. R. W. des Auslandes von Mittermaier und Zachariä, IX. Band I. Heft p. 80. S. auch Archiv f. civ. Praxis, XIX. Band p. 446.

***) S. a. a. O. p. 88, 89, und über die Urtheilsfällung in dritter Instanz besonders p. 203, 107, und über die Wiedereinsetzung gegen ein ohne vorgängiges opinamento erlassenes Urtheil p. 110.

†) A. a. O. s. bes. p. 87—89, und überall, wo von Einreichung der Schriftsätze die Rede ist. —

Anmerk. der Red. — In einer ähnlichen Richtung hat auch das Großh. bad. Justizministerium unterm 13. September 1836 Nr. 4246

Beide, nicht im französischen Civilproceß zu suchenden, sondern aus dem ältern Verfahren der curia Romana herzuleitenden Einrichtungen verdienen gewiß durch ihr Streben nach Gründlichkeit alles Lob, und sind ohne Zweifel einer neuen Gesetzgebung oder bei einer Revision (!) der P. O. zu empfehlen! — Aber das Gute der Einrichtung berechtigt wohl zu der Frage: Ließe sich diese Verbesserung nicht auch auf dem Wege der Praxis einstweilen bewerkstelligen? — Es scheint kein Grund vorhanden zu seyn, diese Frage unbedingt zu verneinen. Denn wer wird

ad 1) etwas dagegen haben, wenn das Gericht den Parteien einen Urtheilsentwurf zur Beurtheilung hinausgibt, und hiezu mittelst eines blos monitorischen Dekrets eine Frist setzt, innerhalb welcher Einwendungen vorgebracht werden können, oder wenn es eine Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung darüber ansetzt? — Es würde wohl Niemanden einfallen, von einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften des Verfahrens zu reden, und wenn sich das Gericht dieses Mittels nur in wichtigern Fällen bediente, so würde keine Zeitversäumniß entstehen, sondern die Rechtspflege könnte durch die vermehrte Vorsicht in der Urtheilsfällung und die gründlichere Erwägung des gegenseitigen Vorbringens der Parteien nur gewinnen.

ad 2) Natürlich kann von einer Pflicht der Advokaten, jedem Rathe eine Abschrift seines Vortrags zuzustellen, nicht die Rede seyn, so lange das Gesetz dies nicht verlangt. Ohne Zweifel aber muß dies dem Advokaten erlaubt seyn, da es ihm kein Gesetz verbietet; auch wird ihm seine Partei oder die Gegenpartei, wenn es ihr anders um eine gründliche Entscheidung zu thun ist, und sie in ihrem Advokaten nicht blos ihren Diener, sondern den Mann ihres Vertrauens sieht, wohl nicht entgegenhalten können, diese Abschriften für die einzelnen Räthe seien nicht nothwendig gewesen, und verursachten nur unnöthige Kosten! *)

Noch zweckmäßiger aber, als die Duplikate der Schriftsätze scheint es mir, wenn die Advokaten mit einander, oder, wo sie sich nicht vereinigen können, jeder für sich, eine kurze species facti mit Hervorhebung der zu entscheidenden Fragen verfertigten und jedem Rathe ein Exemplar zustellen ließen. Würde dies z. B. jedesmal acht Tage vor der eigentlichen Verhandlung in der Sitzung auf die Plätze der Räthe gelegt, so wären dieselben in Stand gesetzt, in den Fällen, welche Nachdenken und längeres Studium der Rechtsfragen oder auch nur Wiederholung des Bekannten erfordern, sich tüchtig vorzubereiten **), und ihre Aufmerksamkeit bei der Verhandlung wäre erleichtert!

II. Klarheit der Urtheile.

Wenn es erfreulich ist, zu bemerken, wie bei den badischen Gerichten in dem dispositiven Theil der Urtheile verwirrende

---

an das Oberhofgericht und an die vier Hofgerichte folgende, der Gründlichkeit der Entscheidungen gewiß förderliche Verfügung erlassen:

„Im Interesse einer möglichst gründlichen Erledigung der bei den Obergerichten anhängigen bürgerlichen Streitsachen findet man sich bewogen, nachstehende Anordnungen zu erlassen:

„1) Die Acten über die in ein und derselben Gerichtssitzung zur mündlichen Schlußverhandlung kommenden bürgerlichen Streitsachen sind, nachdem der Respicient von deren Inhalt gebührende Kenntniß genommen, jeweils drei Tage vor der Gerichtssitzung zur Einsicht der übrigen Mitglieder des betreffenden Senats im Berathungszimmer aufzulegen."

„2) Der Respicient hat diesen Acten eine Aufzeichnung beizufügen, woraus in Kürze erhellt, welches die Streitpunkte sind, und auf welche thatsächlichen und rechtlichen Momente es bei deren Entscheidung hauptsächlich ankommen werde."

„3) Eine förmliche Geschichtserzählung sammt Actenauszug, deren Anfertigung größeren, mitunter bedeutenden Zeitaufwand erfordern würde, bezweckt man jedoch hierdurch in keiner Weise; vielmehr kann und soll jene Aufzeichnung blose Andeutungen enthalten, unter Bezugnahme auf wichtigere Actenstellen, gesetzliche Bestimmungen und etwa solche Schriften, worin die fraglichen Rechtsmaterien, falls sie zu den streitigen oder schwierigen gehören, ausführlich behandelt sind."

„4) Das vorgängige Auflegen der Acten unterbleibt in allen Sachen, die so schleunig erledigt werden müssen, daß eine mehrtägige Verzögerung ein oder der andern Partei zum Nachtheil gereichen könnte."

„Ohne übrigens den Gerichtsmitgliedern die Einsicht der aufgelegten Acten ausdrücklich zur Pflicht zu machen, glaubt man dennoch von dem Eifer derselben voraussetzen zu dürfen, daß sie die Gelegenheit gerne benutzen werden, um einigermaßen vorbereitet bei der Schlußverhandlung zu erscheinen, auch hiernächst um so eher im Stande zu seyn, sich über das Urtheil und seine Gründe selbst in denjenigen Fällen gleichbald zu verständigen, wo sonst wohl eine weitere Berathung oder die Erstattung eines schriftlichen Vortrags für nöthig erachtet worden wäre." D. R.

---

*) Freilich wenn ein Kostenverzeichniß in die Hände eines scheelsüchtigen, neidischen und übelgelaunten Revisors fällt, der es für einen edlern Beruf hält, Kostenansätze der Advokaten zu streichen, als gute Urtheile zu machen, so werden die ohnedies geringen Abschriftskosten nicht als „nothwendige" im Sinn des §. 169 der P. O. angesehen werden! — Berücksichtigt man aber, daß der §. 169 keinen Unterschied zwischen unbedingt und bedingt nothwendigen Kosten macht, und bedenkt man, daß der Decernent des Perservitoris nicht immer im Stande ist, die oft nur relative Nothwendigkeit ein, zusehen, so darf man mit allem Recht bei den Dekreturen etwas mehr Liberalität verlangen, als jetzt oft vorkömmt!

**) Wenn hiemit noch die in Annalen 4. S. 132 vorgeschlagene Einrichtung, daß die Akten der mündlich zu verhandelnden Sachen wenigstens einen Tag vor der Sitzung im Gerichtszimmer aufgelegt werden, verbunden wird, so ist dem nicht gleichgültigen Richter ja alle Gelegenheit zur Vorbereitung gegeben.

Digitized by Google

Worte verbannt sind, und derselbe sich vielmehr durch Einfachheit auszeichnet, so läßt doch noch die Fassung der Entscheidungsgründe manchen Wunsch übrig.

1) Oft ist es schwer, sich in die Ordnung des Vortrags der Motive zu finden; nicht zu bezweifeln ist es aber, daß eine gewisse Ordnung dabei Statt finden müsse. Aber welche? Diese Frage läßt sich wohl am Besten beantworten, wenn man davon ausgeht, daß die Entscheidungsgründe den kurzgefaßten geordneten Gedankengang des Urtheilenden enthalten müßten. Der Richter muß sich nämlich den Leser der E. G. als Fragenden denken, und muß dessen Fragen zu beantworten suchen, so daß die Ordnung der Antworten der Ordnung der Fragen entspricht. — Richtig ist es freilich, daß man gar viel und durcheinander fragen kann, sowie, daß die Ordnung hauptsächlich von den Umständen des einzelnen Falles abhängt, aber nichts desto weniger halte ich es für möglich, eine der Logik und dem gewöhnlichen Proceßgang so viel als möglich entsprechende Ordnung dieser Fragen aufzustellen, und es sei mir erlaubt, den Versuch hiezu in Folgendem zu machen, indem ich dabei die von ältern Praktikern *) bei Fertigung von Relationen üblichen Eintheilungsfragen zu Grunde lege, und mich, wie jene, der bessern Uebersicht wegen lateinischer Worte bediene. Die Fragen sind:

Actio estne *data*? — findet die Klage überhaupt Statt? z. B. bei einer Spielschuld.

Actio estne *formata*? — hier sind die processualischen Erfordernisse, insbesondere das Gesuch, die verlangte Proceßart zu prüfen.

Actio estne *parata*, oder sind noch dilatorische Einreden (ratione judicii, fori, partium, procuratoris) zu beseitigen?—

Actio estne *nata*, oder hängt die Zulässigkeit noch von einer zu erfüllenden Bedingung oder einem Zeitablauf ab?

Actio estne *fundata*?

a) in *jure*? — quibus legibus nititur? Hier ist besonders die juristische Natur der Klage festzustellen.

b) in *facto*? — stützt sie sich auf erhebliche Thatsachen?

Actio estne *probanda*? — nach dem ersten Verfahren.

Actio estne *probata*? — nach dem Beweisverfahren. quomodo, quibus mediis? — Hier hat sich der Richter über die Zeugen, Urkunden ꝛc. auszusprechen. — Endlich

Actio estne *elisa*? — d. h. stehen der Klage wirksame peremtorische Einreden entgegen, oder ist eine Widerklage angestellt?

Die bei der Prüfung der Klage gestellten Fragen sind sodann bei jeder Einrede, und in zweiter Instanz über die appellatio zu beantworten. Da die E. G. vorzüglich nur die im Processe bestrittenen Punkte enthalten sollen, so werden in vielen Fällen mehrere Frageglieder wegfallen, und deren Auslassung zeigt dann an, daß über sie kein Streit obwaltete.

Ich wiederhole, daß dies Schema nur ein Versuch ist, dessen Anwendung noch nicht hinlänglich erprobt wurde, aber eben deßhalb bitte ich jeden Richter, wenn er E. G. zu einem Urtheil macht und Zeit hat, seine Aufmerksamkeit darauf zu richten, ob sich nicht ein derartiges Schema aufstellen lasse! —

2) Eine Ordnung im Vortrag der Entscheidungsgründe würde aber zur Unordnung, wenn sie nicht durch klare Schreibart unterstützt wäre. Noch immer hört und liest man die Unglückswörter: In Erwägung, in Anbetracht ꝛc., warum nicht auch das liebe „Sintemal und Alldieweil?“ — Frägt man, auf welchem Grunde denn diese Sitte beruhe, so erhält man zur Antwort: Es ist eben einmal so, und wird etwa auf Frankreich verwiesen, wo jedem Urtheil ein feierliches attendu oder considerant voranleuchtet *). Dergleichen Zauberworte mochten so lange passen, als man die Urtheile zu geheimnißvollen Orakelsprüchen machen wollte, und ein Urtheil nur um so besser galt, je weniger es verstanden wurde. Erwartet man aber eine klare Darstellung dessen, was unter den Parteien Rechtens ist, so fühlt man immer ein gewisses Unbehagen, wenn man an der Spitze eines langen Satzes das inhaltschwere „In Erwägung“ glänzen, und dann eine Schaar von „daß und daß“ nachrücken sieht. Würden diese Erwägungen immer kurz und bündig gefaßt, so wäre es noch gut, aber leider hat man Beispiele, daß ein Richter, der sich nicht recht zu helfen weiß, hinter diesem Vorposten ein unjuristisches, ellenlanges, schwer verständliches Kauderwelsch folgen läßt, mit dessen Entzifferung (wenn sie anders möglich ist) Parteien und Anwälte sich herumplagen mögen! **) Diese Schreibart ist ohne Zweifel schleppend und verwirrend, und es ist unbegreiflich, warum eine Form beibehalten wird, die so leicht von Unverstand und Unwissenheit mißbraucht werden kann, und dem Ansehen der Gerichte nur schadet. Da allein, wo die Entscheidung nur auf wenigen Thatsachen und Gesetzen beruht, läßt es sich aus dem Gesichtspunkt der Kürze vertheidigen, wenn dieselben mit Voransetzung eines „In Erwägung“ oder „nach Ansicht des“ vorgetragen werden, sonst aber muß es Regel seyn, in den Entscheidungsgründen die indirekte Rede-

*) Z. B. J. H. Böhmer, Einleitung zum geschickten Gebrauch der Akten §. 10 hinter seiner Doctrina de actionibus.

*) Treffend hat sich gegen die Nachäfferei dieser Gewohnheit ein durch Klarheit in den von ihm bearbeiteten Entscheidungsgründen ausgezeichneter, hochstehender Praktiker in Annalen 4. S. 140 erklärt.

**) „Mit der Nation: „„Gestalten Sachen, vorkommenden Umständen nach“ wird meistens, man möchte sagen, gerichtliche Blindekuh gespielt.““ äußert Hagemann in seinen Grundzügen der Referirkunst. Celle, 1827. §. 51.

Digitized by Google

weise möglichst zu vermeiden, und sich nur des direkten Satzes zu bedienen, wobei die Deutlichkeit noch durch Ziffern und Buchstaben, mit denen man die einzelnen Sätze absondert *), befördert werden kann.

Zum Schlusse führe ich noch als Autorität für die hier vertheidigte Ansicht eine königlich baierische Verordnung über diesen Gegenstand an, welche im §. 5 c. die Einkleidung der E. G. mit „In Erwägung" ausdrücklich verbietet. Wenn vielleicht auch in Baden die Form der Entscheidungsgründe von der höchsten Behörde für sämmtliche Gerichte gleichmäßig vorgeschrieben würde, so ließe sich als Grundlage die erwähnte baierische Verordnung empfehlen; ein als Anhang dieser Bemerkungen folgender Abdruck der Stellen darin, welche die Erkenntnisse in Civilsachen **) betreffen, scheint mir aber auch hier angemessen, da diese Verordnung wohl nur wenig gekannt ist, übrigens aber gehörige Berücksichtigung verdient.

Dr. M. Mittermaier.

Anhang.

Allgemeine Verordnung, die zweckmäßige Fassung der Entscheidungsgründe betreffend.

(Königlich baierisches Reg. Blt. vom 5. Mai 1813 Nr. XXIV.)

Wir Maximilian Joseph von Gottes Gnaden ꝛc. Verschiedentlich wahrgenommene Mißgriffe in Fassung der, Kraft der Konstitution Unseres Reiches dem Erkenntnisse beizufügenden Entscheidungsgründe haben gezeigt, daß nicht immer die Appellations- und Untergerichte und deren Referenten den Zweck jener Entscheidungsgründe genau und richtig in das Auge fassen, oder hierüber übereinstimmende Grundsätze befolgen. Da jedoch von der zweckmäßigen und gründlichen Abfassung der Entscheidungsgründe großentheils das Ansehen der Gerichtshöfe mit abhängt, so haben Wir uns durch das Oberappellationsgericht den Entwurf zu einer Instruktion über die zweckmäßige Fassung der Entscheidungsgründe vorlegen lassen.

Nachdem Wir denselben seinem Zwecke entsprechend gefunden haben, so ertheilen Wir, nach beigefügten, von Uns für nothwendig erachteten Aenderungen, folgender Instruktion Unsere Genehmigung und befehlen, daß hiernach sämmtliche Gerichtsstellen Unseres Reiches sich sorgsamst bemessen."

München, den 27. April 1813.

Max Joseph.

Graf Reigersberg.

Auf königl. allerhöchsten Befehl.
Der Generalsecretär:
Remmer.

Instruktion

an die Appellations- und Untergerichte des Reiches über die zweckmäßigste Fassung der den Erkenntnissen beizufügenden Entscheidungsgründe.

§. 1. Durch die Entscheidungsgründe soll die Rechtsverwaltung Publicität erhalten; durch sie hören die Aussprüche des Richters auf, geheime und verborgene zu seyn; indem die Entscheidungsgründe den Richter in seiner vornehmsten Amtsfunktion öffentlich vor dem Publikum hinstellen, sollen sie ihn auf sich selbst, auf seine Ehre und sein Ansehen aufmerksam machen, und ihn vor der Gefahr einer jeden Uebereilung bewahren; durch sie soll ein verdientes Zutrauen der streitenden Theile, der peinlich Untersuchten, der ganzen Nation zu den Gerichtshöfen begründet und erhalten werden.

§. 2 Es ist ferner Zweck, daß die Entscheidungsgründe a) in Civilrechtssachen die Partei en über den Grund oder Ungrund ihrer Ansprüche oder Vertheidigung belehren, oder wo dieß auch nicht möglich wäre, sie wenigstens überzeugen, daß der Richter alle Momente unparteiisch würdigte und sein Urtheil aus Motiven fällte, welche, wenn sie gleich die Einsicht des unzufriedenen Theiles zu berichtigen nicht vermöchten, demselben doch das geheime Geständniß ihres rechtlichen Gehaltes abnöthigen, daß sie dem Unterliegenden die Beurtheilung erleichtern, ob er im Berufungsfalle eine vortheilhaftere Entscheidung hoffen könne, und bei der ferneren Bestätigung des vorigen Erkenntnisses erfahre, ob die vorigen Gründe oder welche neue den Oberrichter bestimmt haben?

§. 3. b) In Untersuchungssachen ꝛc.

§. 4. Aus dem Zwecke geht im Allgemeinen das erste und wesentlichste Erforderniß aller Entscheidungsgründe, das der Gründlichkeit hervor, und damit auch der entfernteste Schein einer Parteilichkeit vermieden bleibe, müssen sie immer die Akten und das Gesetz, nie die Gefühle des Richters oder seine Empfindungen reden lassen; der Referent und das Gericht dürfen nie ihrer Würde aus den Augen verlieren. Die Entscheidungsgründe sollen sich als das Produkt reifer und gesunder Beurtheilung der höchsten Unparteilichkeit und der strengsten Gesetzlichkeit darstellen.

§. 5. Außer den vorbenannten allgemeinen innern Erfor-

*) S. darüber besonders C. L. Klüber, Lehrbegriff der Redekunst. Tübingen, 1808. §. 91. 92.

**) In Baiern müssen nach der Verfassung auch in Kriminalsachen Entscheidungsgründe gegeben werden; daher bezieht sich die allegirte V. O. auch hierauf, allein dieser Theil derselben ist leider vor der Hand in Baden noch nicht praktisch! —

Digitized by Google

dernissen gibt es auch noch nachstehende allgemeine äußere, die von keinem Referenten außer Acht zu lassen sind:

a) Was schon für die Entscheidungsgründe in peinlichen Sachen verordnet ist, daß sie abgesondert dargestellt werden sollen, ist künftig allgemein zu beobachten. In Civilsachen kann nur dann eine Ausnahme davon gemacht werden, wenn der richterliche Ausspruch sich durch einen oder zwei allein entscheidende Umstände, oder durch eine einzige bestimmte Gesetzesstelle rechtfertigt.

b) In den Entscheidungsgründen muß die Sprache fehlerfrei, aber nicht gesucht; der Styl deutlich und einfach seyn.

c) Außer dem Falle, wo bei Civilerkenntnissen die Entscheidungsgründe in das Urtheil selbst mit eingeflochten werden können, ist künftig die dehnende und undeutliche Einkleidung durch das fortgesetzte: „In Erwägung" nicht mehr zu gebrauchen, sondern der Vortrag erzählend oder beweisend zu stellen.

d) Der Unterschied zwischen dem Vortrage in der Rathssitzung und den für die Betheiligten bestimmten Entscheidungsgründen schließt von letzteren die Ausführlichkeit der ersteren aus.

Es ist ein wesentlicher, dem Gesetze vom 11. September 1804 zuwiderlaufender Fehler, wenn die Referenten ganze Vorträge, oder doch die vollständigen Gutachten statt der Entscheidungsgründe hinausgeben. Dieß wird daher ausdrücklich untersagt.

e) Ebenso wird es untersagt, die Entscheidungsgründe durch einen Sekretär aus dem Vortrage des Referenten ausziehen zu lassen.

f) Nichts, was den einen oder den andern der streitenden Theile kränken oder beleidigen kann, darf gesagt, kein dazu geeigneter Ausdruck gebraucht werden, außer in so weit es die Entscheidung wesentlich motivirt. Ist ein Faktum aus den Akten anzuführen, welches für die Ehre einer Partei nicht gleichgültig ist, so hat das mit den eigenen in den Akten vorkommenden Worten zu geschehen, und die rechtlichen Folgen daraus sind mit den gesetzlichen Ausdrücken hinzustellen.

g) Selbst in Straffachen, wo die Ehre des Untersuchten nicht gerettet werden kann, ist zu bedenken, daß von einem Unglücklichen gesprochen wird.

§. 6. In specieller Beziehung auf die zwei Hauptzweige der richterlichen Amtsverrichtungen, nämlich die Civil- und die peinliche Rechtspflege, kommt vor Allem zu bemerken, daß

a) das Publikum an dem Gange der Untersuchungssachen und an deren Entscheidung einen größeren Antheil nimmt, als an den Civilprocessen, und

b) die Entscheidungsgeünde in Straffachen vorzüglich für den Untersuchten selbst bestimmt sind; in Civilrechtsstreiten hingegen mehr an einen Rechtsgelehrten gerichtet werden, welcher, wenn er nicht die Partei selbst ist, seinen Mandanten darüber unterrichten und belehren kann und muß.

— — — — — — —

§. 8. Insbesondere haben die Appellations- und ersten Instanzgerichte bei Fassung der Entscheidungsgründe Nachstehendes zu erwägen.

A. In Civilrechtssachen.

1) Das aus den Akten hervorgehende, unter den streitenden Theilen bestehende Rechtsverhältniß ist mit möglichster Kürze und Deutlichkeit darzustellen.

2) Die dasselbe begründenden Beweise müssen, wenn die Theile nicht darüber einig sind, so viel zu dem erforderlichen Grade der Gewißheit gehört, erschöpfend zwar, jedoch mit Abschneidung alles Ueberflüssigen, zu diesem Zwecke nicht Erforderlichen aufgeführt werden.

3) Dasselbe gilt von dem Falle, wenn die Entscheidung lediglich von Proceßförmlichkeiten abhängt.

4) Da allen Bescheiden, welche definitiv auf die Entscheidung, obgleich nur mittelbar wirken, Entscheidungsgründe beigefügt werden müssen, so sind sie jedesmal nur auf den Gegenstand zu richten, welcher durch den Bescheid seine Bestimmung erhält. Jedoch darf kein im Urtheile oder Bescheide entschiedener Punkt in den Gründen übergangen werden.

5) Nach der eigenen Beschaffenheit der Civilrechtsstreite, daß sie in der zweiten und höhern Instanz, in wichtigern und verwickelten Sachen auch meistens in der ersten durch Rechtsanwälte, oder von den rechtekündigen Parteien geführt werden, dürfen die Entscheidungsgründe auch für deren Beurtheilung eingerichtet werden. Es bedarf hier des weitläufigen und mühsamen Nachweisens aller Mittelsätze nicht, wodurch man zum Hauptsatze gelangte, sondern eine gedrängte Zusammenstellung der wesentlichen — die Konklusion oder den Ausspruch des Richters begründenden Thatsachen und Rechtssätze ist hinreichend. Insbesondere ist

6) in Fällen, wo die Entscheidung von streitigen oder zweifelhaften Rechtsmeinungen abhängt, diejenige, welche das Gericht annimmt, nicht mit Gelehrsamkeit und Wiederholung schon oft vorgetragener Gründe zu motiviren, sondern es soll sich darauf beschränken, lediglich diejenigen anzuführen, welche seine Ueberzeugung bestimmten. Als Ausnahme kann

7) die Ausführung umständlicher seyn, wenn das Gericht eine von den bisher bekannten Meinungen und Lehren verschiedene aufstellt. Endlich ist

8) zu bedenken, daß die großen und gelehrten Deduktionen in den Entscheidungsgründen die Beurtheilung des Erkenntnisses oft mehr erschweren, als erleichtern; mehr Zweifel erregen, als überzeugen oder beruhigen, und den richterlichen Ausspruch dem schlichten gesunden Menschenverstande manchmal verdächtig machen können, als wenn es eine

Digitized by Google

eigene große Mühe erfordert hätte, Gründe zu finden, um gerade dieses Erkenntniß heraus zu bringen.

§. 9 und 10 beziehen sich auf Entscheidungsgründe in Strafsachen.

§. 11. Damit die Entscheidungsgründe desto zweckmäßiger verfaßt, und die den hierüber erlassenen Gesetzen zum Grunde liegenden allgemeinen und besondern Zwecke desto sicherer erreicht werden, wird weiter noch verordnet:

a) Der Senat, worin ein Vortrag geschieht, und ebenso die Mitstimmenden bei den Untergerichten, sollen gegen den Aufsatz des Referenten nicht nachsichtig seyn; die übrigen Mitglieder oder die Votanten sollen bedenken, daß der Aufsatz nicht unter dem Namen des Referenten, sondern im Namen des ganzen Kollegiums oder Gerichts ins Publikum kommt, daß die Kritiken über die Entscheidungsgründe nicht den Verfasser, sondern das ganze Gericht treffen; daß gegründeter Tadel ein Tadel gegen das letztere selbst ist, welcher dessen Ansehen untergräbt, und daß Nachsicht gegen den Referenten Beleidigung für das Gericht seyn würde, wovon jeder Votant ein Mitglied ist, und welches er ohne Pflichtverletzung nicht herabwürdigen lassen kann.

b) Auch die Senatsvorstände der Appellationsgerichte sollen dazu beauftragt seyn, für Zweckmäßigkeit der Entscheidungsgründe Sorge zu tragen. Ihre Erinnerungen sind gehörig zu berücksichtigen, und können, wenn sie im Nichtbeobachtungsfalle dem Vorstande wichtig genug scheinen, zur Kenntniß und Entscheidung des vollen Rathes gebracht werden.

c) Das Oberappellationsgericht des Reichs wird angewiesen, in allen zu dessen Kognition kommenden Civil- und Kriminalsachen die Zweckmäßigkeit der Entscheidungsgründe der vorigen Instanzen genau zu prüfen, und die wahrgenommenen Mängel den untergeordneten Gerichten erster und zweiter Instanz bemerklich zu machen. — Ebenso haben

d) die Appellations- und übrigen Gerichte zweiter Instanz darüber zu wachen, daß die Untergerichte gegenwärtige Instruktion befolgen, und die in Berufungsfällen entdeckten Fehler denselben zur künftigen Verbesserung zu eröffnen.

e) Außerdem soll in wichtigern Fällen, oder wo bedeutende Mißgriffe in Fassung der Entscheidungsgründe von den Appellationsgerichten begangen worden sind, das Oberappellationsgericht solche nebst seiner darauf erfolgten Zurechtweisung dem geheimen Ministerial-Justizdepartement in Anzeige bringen.

§. 13. Es wird erwartet, daß die Appellationsgerichte, und nicht weniger die Untergerichte, so viel sie betrifft, die hier vorgezeichnete, auf die Vervollkommnung der Rechtspflege und Befestigung des daraus entstehenden Zutrauens der Nation zu den Gerichtshöfen abzielende Anleitung zu Fassung zweckmäßiger Entscheidungsgründe, als aus dem Wesen der Sache geschöpft, pflichtschuldig berücksichtigen, und den bestimmten Vorschriften, wo deren zu geben möglich war, nicht zuwider handeln, überhaupt aber, die Wichtigkeit des Zweckes derselben erkennend, ihn erreichen zu helfen sich bestreben werden.

III.

Von den Wirkungen der Ehescheidung auf die Vermögensverhältnisse der Eheleute. L. R. 299, 300 und 301.

1) Die Ehe ist ein Gesellschaftsvertrag von zwei Personen verschiedenen Geschlechtes auf die Lebensdauer. L. R. A. 1387.

2) Gegenstand des Vertrags ist, zu thun, zu unterlassen, zu geben. Art. 1126 und folg.

Solche Rechte und Verbindlichkeiten sind:

a) Die persönlichen Rechte. Art. 212 und folg.

b) Die Vermögensverhältnisse oder Rechte auf das Vermögen. Art. 1387, 1388, 1400 und 1393.

3) Die persönlichen Rechte nach Art. 212 und folg. sind fällige Rechte, so wie solche nach dem Art. 212 eintreten,

Die Vermögensverhältnißrechte der Ehegatten in dieser Beziehung können bald fällige Rechte seyn, bald bloße Anwartschaften und Hoffnungen.

4) Bei jedem Vertrag, auch bei dem der Ehe, ist das Beendigen des Vertrages und die Auflösung wohl zu unterscheiden.

Im ersten Fall hat das Rechtsgeschäft den von den Contrahenten bedungenen und hier, dem Gesetze nach, seinen regelmäßigen Verlauf bis zu dem Ende des Lebens gehabt.

Im zweiten Fall tritt L. R. 1183 und 1184 ein, wornach das Rechtsgeschäft, der Vertrag der Ehe, hier L. R. S. 227 Nr. 2 zerrissen und für aufgehoben erklärt worden ist.

5) Der Tod ist die Beendigung der Ehe; die Ehescheidung ist die Aufhebung, Auflösung der Ehe.

6) Art. 299, 300 und 301 bestimmen die Wirkungen der Ehescheidungen.

Es fragt sich nun:

a) Was ist ein Ehevertrag?

b) Was ist der Vortheil, erlangt in der Ehe, durch die Ehe, vor der Ehe?

c) Was ist die Gütergemeinschaft.

Der Ehevertrag bestimmt die Wirkungen der ehelichen Gesellschaft auf das Vermögen der Eheleute.

Digitized by Google

Dies sind die eigenen Worte des Art. 1387, Titel 5. Von den Heirathsverträgen.

Art 1388 sagt, daß die persönlichen Rechte der Ehegatten, siehe Art. 212, nicht Gegenstand der Eheverträge seyn können.

7) Mithin, da allein das Vermögen Gegenstand der Eheverträge seyn kann, so ist unter dem Wort Vortheil (S. 299, 300) das Vertragsobject, das Vermögen zu verstehen.

Der Ehegatte, welchem ein Recht auf das Vermögen zugestanden wird von dem andern Ehegatten, hat von diesem einen Vortheil für sich erworben.

8) Die Gütergemeinschaft ist ein gedruckter Ehevertrag, ein vom Gesetz für die Ehegatten geschriebener Ehevertrag, L. R. S. 1387, 1391 und 1400, so wie die Ehegatten keinen andern Vertrag unterschreiben.

Beide Heirathsverträge, der von den Parteien geschriebene und der vom Gesetz gedruckte, nehmen ihren Anfang vom Tage der geschlossenen Ehe. S. 1399, 1394, 1395.

Stirbt eines der Brautleute vor dem Abschluß der Ehe, so gilt weder der geschriebene noch der gedruckte, weil keine Ehe eingetreten ist.

9) L. R. S. 299 und 300 sagen nun als Wirkung der Ehescheidung:

a) Daß der schuldige Theil die von dem unschuldigen Gatten erlangte Vortheile verliert;

b) daß der unschuldige Gatte die von dem schuldigen ihm zugewandten Vortheile behält, obgleich eine Wechselseitigkeit bedungen war, die nun nicht mehr Statt hat.

10) Die Gütergemeinschaft besteht nun in der Wechselseitigkeit, daß der Mann seiner Frau den Vortheil zusagt, mit ihr seine Einlage von Vermögen zu theilen, welches dem gedruckten Ehevertrag nach in die eheliche Vermögensgesellschaft fällt, wogegen die Frau dem Manne zusagt, von ihrem Beibringen, Erwerb und Vermögen gleichfalls die Hälfte zu geben, so wie die gesetzliche Gütergemeinschaft das Vermögen bestimmt, welches in die Gesellschaft eingelegt werden soll.

11) Das wechselseitige Einbringen in die Gesellschaft der Gütergemeinschaft, so wie der Art. 1401 und folg. solche festsetzt, ist das Vertragsobject; jeder Ehegatte hat von dem andern einen Vortheil zugesagt erhalten und die Wechselseitigkeit, von der Art. 300 redet, ist vorhanden.

12) L. R. S. 299 und 300, angewandt auf die Regel der ehelichen Vermögensverhältnisse und L. R. 299 und 300 sind die Regel der Wirkungen der Ehescheidungen, ergiebt sich

a) daß der schuldige Theil den Vortheil an die Hälfte der Einlage in die Gesellschaft des ehelichen Vermögens von dem unschuldigen verliert,

b) wogegen der unschuldige den Vortheil der Hälfte an die gesellschaftliche Einlage des schuldigen behält.

Das Endresultat ist alsdann:

α) Daß der unschuldige seine ganze Einlage behält und

β) der schuldige die Hälfte seiner Einlage dem unschuldigen abtreten muß.

13) Nur auf diese Weise ist Vernunft und Moral im Gesetze.

Die Ehescheidung ohne solche Folge ist dann keine Ehescheidung; denn, wenn der schuldige Ehegatte auf die Gütergemeinschaft, auf das Vermögen der Ehe dasselbe Recht ausüben kann, wie der unschuldige, so frage ich, wozu eine Ehescheidung?

Der Tod hebt für die Zukunft auch alle ehelichen Rechte auf, so gut wie die Ehescheidung.

14) L. R. 305 sagt daher, daß die beiden schuldigen Ehegatten die Hälfte ihres Vermögens an ihre Kinder verlieren, indem durch Art. 299 und 300 der schuldige Gatte die eine Hälfte von seiner Einlage dem unschuldigen geben muß.

15) Art. 202 hat dieselbe Folgerung bestätigt, daß nämlich bei jeder Auflösung der Ehe der schuldige Theil kein eheliches Vermögensrecht in Anspruch nehmen kann, während der unschuldige seine ehelichen Rechtswirkungen gegen den schuldigen ausübt.

Die Strafe, Entschädigung oder Genugthuung besteht darin, daß also der unschuldige auch in Art 202 seine ganze Einlage in die Gesellschaft der Ehe behält und der schuldige die Hälfte verliert, weil der unschuldige gegen ihn seine ehelichen Rechte ausübt. Zu seinen Gunsten hat die Ehe ihre Rechtswirkungen, wie Art. 202 sagt.

16) Besteht kein wechselseitiger Vermögensvertrag, vor der Ehe oder in der Ehe abgeschlossen, auf den also Art. 299 und 300 können angewandt werden, so tritt Art. 301, die Rente, ein; also bei Dotalvermögen, bei Art. 1529 u. s. w.

Es ist mithin die Quart, aus dem Dotalvermögensverhältniß unter Eheleuten entspringend, abgeschafft durch Art. 301, welcher blos eine Rente als Genugthuung giebt.

Dies halte ich für die allein wahren vernünftigen Sätze, nach welchen die Gerichte zu entscheiden haben.

Fr. Sander, Advokat.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 43. Karlsruhe den 22. Oktober 1836.

I.

Untersuchungen des Standes unserer Gesetzgebung über die Bestrafung minderjähriger Verbrecher.

Ein kaum sechzehn Jahre alter Fabrikarbeiter kam wegen des Vergehens der Verpartierung falscher Münze nach §. 47 lit. c. des Strafedikts in Untersuchung, indem er versuchte, einen als Metallstück um 9 kr. gekauften Kronenthaler für einen Schoppen Wein auszubringen. Es ward gegen ihn die Strafe von zwei Jahren Zuchthaus ausgesprochen, allein auf seine Begnadigung hin zu einem vierteljahr Korrektionshaus angetragen, wobei aber ein Votant, der überhaupt den vollständigen gesetzlichen Thatbestand des Vergehens nicht annahm, bemerkte, daß man nach §. 27 des VI. Constitutionsedikts selbst mittelst Strafwandlung bei diesem erst vollmündigen Verbrecher von der gesetzlichen Strafe abgehen könne, und er nicht gesonnen seie, das, was er richterlich selbst thun könne, einem Andern überlassen zu wollen. Er behauptete nämlich, daß nach dem §. 27 des VI. Constitutionsedikts jede Strafe gegen einen Minderjährigen richterlich in eine mildere verwandelt werden könne, was man aber nicht annahm, obschon die nachfolgende Untersuchung es als richtig beweisen wird.

Obschon es bestritten ist, so nehmen doch wohl die meisten Rechtslehrer an, daß nach römischem Recht die Minderjährigkeit sogar bis auf 25 Jahre ein im Ermessen des Richters liegender Milderungsgrund seie, und die Carolina scheint dieses im Art. 179 selbst ausdrücklich vorgeschrieben zu haben, denn wenn es dorten heißt, daß über jene, welche Jugend oder anderer Gebrechlichkeit halber ihre Sinne nicht haben, Raths gepflogen werden soll, so wird mit letzte. m anerkanntermaßen ausgedrückt, daß die gesetzlich bestimmte Strafe nicht ausgesprochen werden muß, sondern daß auf eine überhaupt alsdann im richterlichen Ermessen liegende Strafe erkannt werden kann. Daß der Art. 179 nicht allein nur auf gänzliche Zurechnungslosigkeit geht, läßt sich deßhalb nicht bezweifeln, weil er davon spricht, wie Einer in seinem Fall gestraft werden soll, und weil man nicht annehmen kann, daß die Carolina von der Bestrafung eines gänzlich zurechnungslosen Verbrechers sprechen wollte. Daß aber der Art. 179 der Carolina nur von einem Sinnenmangel spreche, wie z. B. Wachter §. 116 anzunehmen scheint, ist wohl unrichtig, denn wenn es dorten heißt, der Jugend oder anderer Gebrechlichkeit halber wissentlich seine Sinn nicht hätt, so kann man zwar Gebrechlichkeits halber seine Sinne nicht haben, z. B. durch Krankheit oder hohes Alter blind oder taub seyn, der Jugend halber hat man aber alle seine Sinne, ja man hört und sieht [illegible] nur nicht unterstellen, daß das Gesetz sagen wollte, wer Jugend halber nicht sieht oder hört. Wenn sodann der Artikel darauf Gewicht legt, wer wissentlich seine Sinn nicht hätt, so kann man dieses nicht auf die eigene Wissenschaft eines Sinnenmangels verstehen, denn Jener, der blind oder taub ist, muß wohl dieses wissen, und so lange man überhaupt im Art. 179 eine Zurechnungsfähigkeit, wenn schon im niedern Grad annimmt, kann man sich einen Blinden, der seine Blindheit nicht kennt, gar nicht denken. Man muß daher den Ausdruck, wer wissentlich seine Sinn nicht hätt, nicht auf die Sinnenwerkzeuge beschränken, sondern darunter die Vernunft- und Verstandeskräfte überhaupt verstehen, und sonach den Artikel auf jenen beziehen, der wegen Jugend oder Gebrechlichkeit sich nicht seiner sämmtlichen Vernunft- und Verstandeskräfte bewußt, und ihrer deßhalb nicht mächtig ist. Will man aber das „wissentlich" nicht auf den Angeschuldigten und sein eigenes Bewußtseyn, sondern darauf beziehen, daß der Richter solchen Zustand wissen, d. h. daß er erkennbar seyn müsse, so muß man immerhin annehmen, daß Jugend und Gebrechlichkeit, z. B. Blindheit, Taubheit, die Ursachen sind, welche das Nichthaben der Sinne, d. h. der sämmtlichen ungestörten Seelenkräfte, als richterlich erkennbare Wirkung bedingen, und gerade diese Wirkung finden wir auch bei der Jugend, denn gleichwie ein Sinnenmangel, z. B. Taubstummheit, die Zuchrechnungsfähigkeit zwar nicht ganz aufhebt, aber doch gewiß durch Mangel der zum vollen Vernunftgebrauch und gänzlicher Ausbildung der

Digitized by Google

Seelenkräfte dienenden Sinne eine geringere Seelenkraft selbst bedingen kann, so liegt auch in der Jugend, als solcher, und in dem dadurch naturgemäß herbeigeführten Mangel an Erfahrung, eine minderere Reife des Verstands, und damit die Möglichkeit einer geringern Seelenkraft, als jene ist, welche der Strafgesetzgeber zur vollen Zurechnungsfähigkeit des Verbrechers im Allgemeinen verlangt. Wo aber ein Gesetzgeber von Jugend spricht, spricht er von Minderjährigkeit, denn diese ist gerade der Zeitraum, von dem der Gesetzgeber ganz allgemein annimmt, daß in ihr der Verstand noch nicht vollkommen ausgebildet, und deßhalb noch die Bevormundung durch Aeltere nothwendig ist. Keinem Zweifel ist es zwar unterworfen, daß auch ein Minderjähriger bei einem Verbrechen sich so gezeigt haben kann, daß ihm eine gänzliche Verstandesausbildung unterlegt, und er also gleich dem Volljährigen bestraft werden darf, allein eben so unzweifelhaft ist es, daß die Gesetzgebung bei der Minderjährigkeit, bei der in Civilsachen gesetzlich unterstellten Verstandesunreife, in Criminalsachen auch diese Verstandesunreife sich als möglich denken, und deßhalb, wie im Art. 179 ganz allgemein geschieht, vorschreiben kann, daß die Rückwirkung dieses Umstands auf die Zurechnungsfähigkeit untersucht, werden muß, ob er den Minderjährigen dem Volljährigen gleichstellen, oder nicht in der aus der Individualität des minderjährigen Verbrechers, und aus den Umständen der That geschöpften Ueberzeugung minderer Seelenkräfte auch im Abgehen von der gesetzlichen Strafe ein milderes Strafurtheil aussprechen will. Wahrlich, jene Gesetzgebung, welche in Civilsachen unbedingt bei Minderjährigen den noch unausgebildeten Verstand unterstellt, und im Strafrecht der Minderjährigkeit nicht einmal die Kraft beilegt, daß der Richter ihre Wirkung auf die Zurechnungsfähigkeit untersuchen muß, und daraus nach seinem Ermessen einen Milderungsgrund entnehmen kann, wäre hart, wäre menschenfeindlich zu nennen, und in unserer milder gesitteten Zeit als ein Rückschritt hinter die Carolina zu bezeichnen, welche dieses im Art. 179 ganz unzweifelhaft vorschreibt.

Hat nun unsere, noch dazu größere Milderung der Carolina bezweckende, Strafgesetzgebung sich einen solchen Rückschritt zu Schulden kommen lassen? Gewiß nicht. Im Strafedikt geschieht der Minderjährigkeit als eines richterlichen Milderungsgrundes keiner ausdrücklichen Erwähnung. Der §. 80 bezieht sich auf das besondere Vergehen des Diebstahls, und steht mit dem auf diesen nämlichen besondern Fall sich beziehenden Art. 164 der Carolina in Verbindung, dagegen werden im §. 96 die aus bestimmten Gesetzen richtig gefolgerten Milderungsgründe auch dem Richter selbst freigelassen, und da, wie gezeigt, Minderjährigkeit nach Art. 179 der Carolina ein im richterlichen Ermessen liegender Milderungsgrund ist, so ist derselbe im §. 96 unseres Strafedikts aufgenommen und sanctionirt. Will man aber dieses bezweifeln, so hat der §. 27 des spätern VI. Constitutionsedikts ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Halbmündigkeit vom 14 — 16 Jahr in den nicht gesetzlich ausgenommenen Fällen, als wohin einzig nach §. 80 des Strafedikts der Diebstahl gehört, Strafmilderung wirke, daß aber Vollmündigen, vom sechzehnten zurückgelegten Lebensjahr an bis zur Volljährigkeit, auch diese nicht zu gute komme, sondern bei ihnen nur jede andere bürgerliche oder peinliche Strafe in bürgerliche oder peinliche körperliche Zuchtigung nach richterlichem Ermessen umgewandelt werden könne. Wenn man nun sagen wollte, daß ja hier deutlich ausgesprochen seie, es komme den Vollmündigen keine Strafmilderung zu, so übersieht man, daß doch bei ihnen jede peinliche Strafe nach richterlichem Ermessen in eine peinliche körperliche Züchtigung verwandelt werden kann, und daß alsdann in dem Ergebniß dieser allgemein zulässig erklärten Strafverwandlung offenbar eine Milderung liegt, indem eine mehrmonatliche Schellenwerksstrafe, in eine starke körperliche Züchtigung verwandelt, doch gewiß eine mildere Strafe in dieser Verwandlung ist. Eben deßhalb kann dieser Ausschluß der Milderung nicht so, sondern er muß dahin verstanden werden, daß bei Halbmündigen die Milderung der Strafe eintreten soll, und der Richter also auf eine Milderung erkennen muß, während dieses bei Vollmündigen nicht eintreten muß, sondern nur nach seinem Ermessen eintreten kann. Bei halbmündigen Verbrechern ist die Milderung der Strafe für den Richter necessitatis, bei vollmündigen facultatis. Ist man damit einverstanden, so hat die Verwandlung jeder bürgerlichen Strafe in eine bürgerliche körperliche Züchtigung keinen Anstand, da es unzweifelhaft ist, daß die körperliche Züchtigung nach §. 36 des Strafedikts unter die bürgerlichen Strafen zählt, so daß also z. B. die bürgerliche Arbeitshausstrafe eines Vollmündigen nach richterlichem Ermessen in eine körperliche Züchtigung verwandelt werden kann. Hinsichtlich der peinlichen körperlichen Züchtigung kann man aber den Anstand erheben, daß unser Strafedikt nirgends ausdrücklich von einer peinlichen körperlichen Züchtigung, als einer selbstständigen peinlichen Strafe, sondern nur von einem Strafzusatz spricht, welcher bei den peinlichen Strafen des Schellenwerks vorkomme, und daß man also sagen kann, daß bei Mangel einer selbstständigen peinlichen körperlichen Züchtigung als Strafe die darin liegende Voraussetzung des §. 27 des VI. Constitutionsedikts nicht in das Leben treten könne. Damit würde nun aber die größeste Rechtsungleichheit entstehen, denn indem z. B. eine dreimonatliche Korrektionshausstrafe in eine körperliche Züchtigung verwandelt werden könnte, müßte jede peinliche Strafe des Vollmündigen als solche erstanden werden, und

Digitized by Google

der doch allgemein gefaßte §. 27 des VI. Constitutionsedikts müßte in den meisten Fällen seine Anwendbarkeit da verlieren, wo doch der Gesetzgeber am Schlusse ausdrücklich sagt, daß hiernach nicht nur jede bestehende Gesetzgebung beschränkt verstanden und angewendet, sondern daß sogar jede neue Gesetzgebung darnach eingerichtet werden soll. Und meinen wir das ernstlich.

Wir haben deßhalb die bestehende Criminalgesetzgebung des Strafedikts nach den Bestimmungen des §. 27 des VI. Constitutionsedikts zu beschränken, zu verstehen und anzuwenden, und da er durch die Zulassung der Verwandlung jeder peinlichen und bürgerlichen Strafe in eine bürgerliche oder peinliche körperliche Züchtigung genugsam zu erkennen giebt, daß es ihm um eine Bestimmung zu thun war, wodurch der Richter in die Lage gesetzt werden soll, nach seinem Ermessen von der gesetzlichen Strafe bei einem Minderjährigen aber Vollmündigen allgemein in bürgerlichen und peinlichen Straffällen abgehen und solche bis zu einer körperlichen Züchtigung überhaupt ermäßigen zu dürfen, so wird man annehmen müssen, daß die im §. 27 erwähnte körperliche Züchtigung nur das Maß andeuten soll, wie weit der Richter in dieser Milderung herabsteigen darf, und daß der Unterschied der bürgerlichen und peinlichen körperlichen Züchtigung dem Unterschied der [illegible] scharfen Züchtigung des §. 36 des Strafedikts in der Art entsprechen soll, daß bei bürgerlichen Vergehen nicht unter die gelinde, und bei peinlichen Vergehen nicht unter die scharfe körperliche Züchtigung herabgegangen werden darf. Ist dieses richtig, so wird der §. 27 ganz klar und verständlich, denn dann enthält er die ganz allgemeine Bestimmung, daß bei minderjährigen Verbrechern eine richterliche Strafmilderung eintreten kann, welche der Richter nach seinem Ermessen über die davon zu erwartende mehrere Wirksamkeit in den Schranken auszuüben hat, daß er nie unter die Strafe herabsteigt, welche je nach der bürgerlichen oder peinlichen Natur des Vergehens dem Strafmaß der gelinden oder scharfen körperlichen Züchtigung gleich steht. Man muß dieses aber um so mehr annehmen, als man sonst bei wörtlicher Anwendung des §. 27 sich in die Lage versetzen würde, dem Richter nur das Recht der Verwandlung der gesetzlichen Strafe in körperliche Züchtigung, nicht aber in eine geringere gleiche Strafe zuzuerkennen. Man müßte dann behaupten, daß zwar der Richter das Recht habe, die dreimonatliche Korrektionshausstrafe in Stockschläge, nicht aber in eine zweimonatliche zu mildern.

Daß die Vorschrift des §. 27 auf ein allgemeines richterliches Strafmilderungsrecht bei der Minderjährigkeit zu verstehen ist, folgt noch insbesondere aus dem §. 31 des VI. Constitutionsedikts, wo der Sinnenmangel gleichfalls als allgemeiner facultativer Strafmilderungsgrund anerkannt und eingeführt worden ist. Es ist aber oben gezeigt worden, daß der Art. 179 der Carolina gerade die Minderjährigkeit, und den unter der andern Gebrechlichkeit begriffenen Sinnenmangel sich hinsichtlich des facultativen richterlichen Strafmilderungsrechts ganz gleichstellt, und in diesem Zusammentreffen des §. 27 und 31 des VI. Constitutionsedikts mit dem Art. 179 der Carolina ersehen wir ganz deutlich, daß seine Vorschrift dem Verfasser des VI. Constitutionsedikts vorgeschwebt hat, was noch um so unzweifelhafter wird, als auch gerade der im §. 27 des VI. Constitutionsedikts ausgenommene Fall des Diebstahls abermals auf der darüber ertheilten besondern Vorschrift der Carolina im Art. 164 beruht.

Der letzte denkbare Einwand, daß der §. 27 des VI. Constitutionsedikts seine Wirksamkeit durch Aufhebung der körperlichen Züchtigung verloren habe, verliert schon dadurch an Gewicht, daß diese Vorschrift keineswegs die einzige Möglichkeit der Milderung der Strafe durch Verwandlung in körperliche Züchtigung darbietet, sondern nur ein Maß festsetzen will, unter welches der Richter nicht gehen soll. Allein selbst wenn man annehmen wollte, daß die Verwandlung und darin liegende Strafmilderung nur in Schlägen bestehen könne, so ist bei Abschaffung der körperlichen Züchtigung in den Fällen, wo sie als bürgerliche Strafe erkannt dunkeln Arrest eingeführt worden, und da nun der Gesetzgeber dabei nirgends die Abschaffung des richterlichen Strafmilderungsrechts nach §. 27 des VI. Constitutionsedikts ausgesprochen hat, nach der sanctio finalis des VI. Constitutionsedikts aber sogar die künftige Gesetzgebung nach seinen Bestimmungen gerichtet werden soll, so darf die fortdauernde Anwendbarkeit des §. 27 des VI. Constitutionsedikts um so weniger bezweifelt werden, als gerade die Surrogate der Schläge, Hungerkost und dunkler Separatarrest, jene Strafmittel sind, von denen der Richter mehr Wirksamkeit der Besserung eines jugendlichen Uebelthäters (dies ist die ratio legis seines Milderungsrechts) erwarten darf, als wenn er ihn zu Dieben und Betrügern in das Korrektionshaus schickt, und ihn auf ein Vierteljahr bei ihnen in die Schule der Verbrechen gehen läßt.

Nach allem diesem wird man wohl bei minderjährigen Verbrechern das richterliche Strafmilderungsrecht des §. 27 des VI. Constitutionsedikts ganz allgemein annehmen dürfen, und es also auch dem Richter zumuthen können, es selbst auszuüben, und sein Recht nicht Andern zu überlassen. Eine Berufung dagegen auf die Verord. im Reg. Blt. 1804 Nr. 36, wodurch das richterliche Strafmilderungsrecht in Beziehung auf das landesherrliche Begnadigungsrecht beschränkt wäre, hält nicht Stich, weil das das richterliche Strafmilderungsrecht begründende VI. Constitutionsedikt später ist, und alles ihm Entgegenstehende aufhebt.

Sander.

Digitized by Google

II.

Kreisregierung zu Rastadt.

Ueber Berechtigung zum Allmendgenuß.

In der Stadt Z. soll behaupteter maßen am 1. Januar 1831 in Bezug auf den Bürgergenuß das Herkommen bestanden haben, daß diejenigen Bürger, welche ihre Güter oder Gewerbe an ihre Kinder oder an eines derselben abgeben, den Bürgergenuß verlieren, wenn schon dieselben noch eine eigene Haushaltung führten oder auch noch ein Gewerbe auf eigene Rechnung trieben. Dies Herkommen wollte der Gemeinderath der genannten Stadt auch nach Einführung der neuen Gemeindeordnung bei den Bürgern J. Sch. und Consorten, welche den größern Theil ihres Vermögens oder ihr Gewerbe an ihre Kinder übergeben, dabei aber sich noch Liegenschaften zu Eigenthum oder zum Genuß vorbehalten hatten oder ein anderes Gewerbe noch trieben, überdies auch sämmtlich noch ihre eigene Haushaltung führten, zur Anwendung bringen; indem er diesen Bürgern den Allmendgenuß entzog. Gegen dies Verfahren erhoben die dadurch sich gekränkt fühlenden Bürger bei dem Amt G. Beschwerde, welches aber die Beschwerdeführer, nachdem es den Gemeinderath über die Beschwerde vernommen, und von ihm behauptete, oben angegebene Herkommen, und den dasselbe erhaltenden §. 85 der G. O. gerechtfertigt hatte, zu wiederholtenmalen aus den von dem Gemeinderath vorgetragenen Gründen abwies. Hiegegen ergriffen die Querulanten den Recurs an die Kreisregierung. Diese ließ vorderſamſt den Beweis über das vorgegebene Herkommen erheben, erließ aber darauf, ohne Rücksicht auf den erhobenen Beweis, unterm 14. October 1836 folgendes abändernde Erkenntniß:

„Das Gesetz unterscheidet bei dem Allmendgenuß zwischen der Art der Benutzung des Allmendguts, namentlich zwischen der Art der Benutzung der ungetheilten Allmendgüter, der Größe der Genußtheile und der Art der periodischen Vertheilung der letztern bei getheilten Allmendgütern, so wie der Größe der Bürgerholzgaben, und zwischen der Berechtigung der Gemeindebürger zum Bürgergenuß. In Bezug auf erstere ist nach §. 85 der G. O. der unbestrittene Zustand vom 1. Januar 1831 maßgebend. Wenn es sich daher um die Frage handelt, ob ungetheilte Allmendgüter, z. B. als Weide oder auf sonstige Weise gemeinschaftlich zu benutzen sind? — oder wie groß die einzelnen Genußtheile bei vertheilten Allmendgütern seyn, z. B. ob solche in einem Morgen Acker u. dgl. bestehen sollen? — oder ob bei solchen die Vertheilung alle Jahre oder nur alle sechs oder zwölf Jahre geschehen, oder ob der Genuß lebenslänglich seyn soll? — oder ob ein Bürger jährlich 1, 2 oder 3 ꝛc. Klafter Holz zu beziehen hat? — da entscheidet der unbestrittene Zustand vom 1. Januar 1831, so lange nicht von der Gemeinde mit einer Mehrheit von zwei Drittel etwas Anderes beschlossen wird. In Bezug auf letztere — die Berechtigung — aber sind lediglich die Bestimmungen der beiden Gesetze über Verfassung und Verwaltung der Gemeinden und über die Rechte der Gemeindebürger und die Erwerbung des Bürgerrechts maßgebend. Man würde nicht allein gegen den Wortlaut der §§. 85 und 87 der G. O. und der §§. 2 und 44 des Gesetzes über die Rechte der Gemeindebürger, sondern auch gegen den ganzen Geist dieser Gesetze, welche die zwischen den Gemeindebürgern bestandenen Ungleichheiten beseitigt wissen wollen, verstoßen, wenn man den am 1. Januar 1831 bestandenen unbestrittenen Zustand auch auf die Berechtigung zum Bürgergenuß beziehen wollte. Es kommt daher in dem vorliegenden Fall gar nicht darauf, ob in Z. am 1. Januar 1831 das von dem Gemeinderath behauptete Herkommen bestanden hat oder nicht, sondern lediglich auf die Frage an, ob die Beschwerdeführer nach den Bestimmungen der angeführten beiden Gesetze als berechtigt zum Bürgergenuß anzusehen sind oder nicht? Diese Frage ist aber schlechthin zu bejahen. Es ist nämlich nach den von dem Gemeinderath abgegebenen Erklärungen nicht in Abrede zu ziehen, daß die Recurrenten, welche das im §. 87 der G. O. bestimmte Alter zum Einrücken in den Allmendgenuß längst zurückgelegt haben, eine Haushaltung und ein Gewerbe auf eigene Rechnung zur [illegible] dieser Gesetzesstelle, so wie nach §. 2 und 44 des Gesetzes über die Rechte der Gemeindebürger auch als zum Bürgergenuß berechtigt anzusehen."

Aus diesen Gründen findet man sich nun bewogen, die amtlichen Erkenntnisse vom 29. September und 23. Dez. v. J. und 19. Mai l. J. dahin abzuändern:

„Daß die Beschwerdeführer zur Zeit noch als berechtigt zum Bürgergenuß anzusehen, denselben solcher für die Zukunft nicht allein wieder einzuräumen, sondern ihnen auch der widerrechtlich entzogene Genuß zu verabfolgen, beziehungsweise Entschädigung dafür zu leisten und die Stadtgemeinde Z. in sämmtliche, durch diesen Streit veranlaßte Kosten zu verfällen sei.

---

*) Eine andere Frage ist diese: Würden die Beschwerdeführer ihren Anspruch auf den Bürgergenuß verloren haben, wenn sie aufgehört hätten, eine eigene Haushaltung zu führen oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung zu treiben? Diese Frage scheint mir einigermaßen zweifelhaft zu seyn. Für die Verneinung der Frage spricht der Umstand, daß nach §. 87 der G. O. die Führung einer eigenen Haushaltung oder der Betrieb eines eigenen Gewerbes nur die Bedingung des Einrückens in den Bürgergenuß ist, während nirgends gesagt ist, daß der Genuß verloren gehen sollte, wenn die eine oder andere dieser Bedingungen nicht mehr vorhanden ist. Indessen dürfte doch mehr für die Bejahung der Frage sprechen; indem einestheils der Bürgergenuß den Zweck hat, den Bürger in der Führung seiner Haushaltung zu unterstützen, anderntheils aber außerdem das Gesetz (§. 87 der G. O.) zu leicht zu umgehen wäre, indem ein angehender unverheiratheter und gewerbloser Bürger nur kurze Zeit eine eigene Haushaltung führen oder ein Gewerbe auf eigene Rechnung treiben dürfte, um zu dem Bürgergenuß zu gelangen. D. C.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 44. | Karlsruhe den 29. Oktober 1836.

I.

Hofgericht zu Freiburg.

Competenz der Gerichte zur Entscheidung der zwischen Müllern über ihre Gewerbanlagen entstehenden Streitigkeiten.

Sebastian Leber zu Oberalpfen hatte im Jahr 1834 oberhalb seiner, an einem Kanal des Remetschwieler Baches gelegenen Sägmühle durch Erweiterung der Ufer einen Weiher angelegt, um bei dem oft niedern Stande des Mühlbachs durch dessen Schwellung eine größere Wassermasse zum Betrieb seines Werkes zu sammeln. In dieser Anlage sah Melchior Hildenbrand, der Eigenthümer einer unterhalb an einem Kanale desselben Baches errichteten Mühle, eine Beeinträchtigung seiner Rechte, weil durch jene Schwellung ihm periodenweise das bei trockner Jahrszeit spärlich fließende Wasser entzogen und der Betrieb seiner Mühle gestört werde; er trat deßhalb, nachdem er mit einer zuerst erhobenen Besitzklage nicht gesiegt hatte, im Jahr 1835 beim Amt Waldshut mit einer petitorischen Klage auf, worin er bat, daß dem Beklagten aufgegeben werde, die Weiheranlage wegzuräumen, und dem Wasser den natürlichen und ungehinderten Lauf zu lassen.

Der Beklagte bestritt die Legitimation des Klägers, indem er die Nachweisung seiner Gewerbsbefugniß verlangte; übrigens widersprach er, daß durch die Anlegung des zu seiner Sägmühle nothwendigen Weihers der natürliche und gewöhnliche Lauf des Wassers gehindert, und der Kläger in der Benutzung seiner Mühle gestört werde, wozu er ohnehin durch eine ähnliche Vorrichtung bei derselben, wie sie früher wirklich bestanden, sich leicht hinreichendes Wasser verschaffen könne.

Nach gepflogenen Verhandlungen entschied das Amt durch Urtheil vom 4. Nov. 1835 nach dem Begehren des Klägers.

Das Hofgericht, wohin die Sache durch die vom Beklagten eingewandte Appellation gebracht wurde, fand aber den Streit zur Zeit noch nicht zur richterlichen Cognition, sondern vor die Polizeibehörde zur gewerbspolizeilichen Entscheidung geeignet, wornach durch hofgerichtliches Urtheil vom 24. März 1836 erkannt wurde.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung:

1) daß der Kläger zum Schutz seines Gewerbes die Wegräumung des vom Beklagten bei dessen Sägmühle angelegten Weihers verlangt, durch welchen der natürliche Lauf des Remetschwieler Baches gesetzwidrig gehemmt und der Betrieb der Klägerschen Mühle geschmälert werde — während der Beklagte zu dieser Anlage, die ihm zu seinem Gewerbsbetrieb nothwendig sei, und die gesetzlichen Schranken nicht überschreite, sich berechtigt hält, überdieß auch die Gewerbsberechtigung des Klägers beanstandet;

in Erwägung:

2) daß das Landrecht zwar in den Sätzen 644, 645 Bestimmungen über die Benutzung fließender Wasser enthält, und hiernach Streitigkeiten, welche darüber unter den verschiedenen Grundbesitzern entstehen, allerdings vor den Richter kommen können;

in Erwägung:

3) daß diese civilrechtlichen Verfügungen nach ihrer allgemeinen Fassung nicht allein auf die Benutzung des Wassers zu landwirthschaftlichen Zwecken, insbesondere zur Bewässerung der Grundstücke, sondern auch auf Gewerbsanlagen Bezug zu haben scheinen;

in Erwägung:

4) daß jedoch der L. R. S. 645 in allen Fällen die besondern und örtlichen Anordnungen (règlements) über den Lauf und die Benutzung der Wasser zu beobachten gebietet;

in Erwägung:

5) daß es hierbei die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen seyn kann, die zwischen Gewerbsleuten, namentlich zwischen Müllern, als solchen, über Collisionen in der Ausübung ihrer Gewerbe sich erhebenden Streitigkeiten vor die

Digitized by Google

Gerichte zu ziehen, und den Attributionen derselben die Mühlengewerbspolizei beizufügen, welche sowohl nach der Organisation von 1809 als nach der landesherrlichen Verordnung vom 17. Januar 1822 (Reg. Blt. Nr. III) den Verwaltungs-, respektive Polizeibehörden zusteht;

in Erwägung:

6) daß vielmehr nach der Vorschrift des erwähnten L. R. S. 645 bei solchen Streitigkeiten überall zunächst die bestehenden Polizeiverordnungen zu beobachten sind, daß mithin die von großherzoglichem Ministerium des Innern erlassene, durch das Regierungsblatt von 1822 Nr. VII. emanirte Mühlenordnung — obgleich sie nicht von der gesetzgebenden Gewalt ausgegangen ist, daher an und für sich die richterliche Kompetenz nicht beschränken könnte — doch als Verordnung der obersten Polizeibehörde zu berücksichtigen ist;

in Erwägung:

7) daß nach §. 2 und 11 dieser Mühlenordnung, welche durch ihren §. 10 auf alle Gattungen von Mühlwerken ausgedehnt ist, wesentliche Veränderungen an bestehenden Mühlen und ihren Wasserleitungen, namentlich jede Aenderung an den Ufern des Mühlbachs und an den zur Schwellung dienenden Verrichtungen — um die es sich hier handelt — ohne vorgängige Anzeige und Genehmigung der Polizeibehörde, und zwar der großherzoglichen Kreisregierung, als mittlerer Instanz, nicht Statt finden dürfen;

in Erwägung:

8) das nach dem gedachten §. 11 selbst dann, wenn ein Müller mit betheiligten Güterbesitzern über die Benutzung des Wassers in Collision kömmt, und die Einsprache nicht auf einem privatrechtlichen Titel beruht, die Polizeibehörde entscheiden soll, was nach der ausdrücklichen Norm des §. 25 der Mühlenordnung um so mehr dann gelten muß, wenn, wie im vorliegenden Fall, zwei Müller über die gegenseitige Grenze ihrer Gewerbsberechtigungen in solchen Streit gerathen;

in Erwägung:

9) daß somit diese Sache, weil keine gewerbspolizeiliche Erörterung und Entschridung über die Zulässigkeit der bestrittenen Anlage vorausgegangen, auch von keiner Partei ein Privatrechtstitel als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel angeführt ist, nach §. 1 der Pr. Ord. jedenfalls jetzt noch nicht zur Cognition der Gerichte sich eignet (von Hohnhorst Jährbücher 1833 S. 356 — 360, 464 — 466);

in Erwägung:

10) daß zwar der Kläger seine Einsprache auf gerichtlichem Wege erhoben, und der Beklagte, ohne die Zuständigkeit der Gerichte zu bestreiten, sich darauf eingelassen hat, daß aber eine Prorogation in dem Sinne nicht Statt findet, daß eine Polizeisache ihrer verfassungsmäßigen Behörde entzogen, und vor die Gerichte gebracht werden könnte, daß vielmehr nach §. 1 und 54 der Pr. Ord. der Richter von Amtswegen seine Kompetenz zu prüfen und darüber zu erkennen hat.

Aus d. Gr. ꝛc.

Woll.

Anmerkung der Redaktion. — Mir scheint diese, mit dem angeführten oberhofgerichtlichen Erkenntnisse von 1833 übereinstimmende, Entscheidung nicht richtig.

Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß die Polizeibehörden befugt sind, dem Kläger die Errichtung seiner Mühle überhaupt zu bewilligen oder die Bewilligung zu versagen, und eben so dem Beklagten die Anlage des Wehrs zu gestatten oder zu untersagen, und daß sie, wenn der eine oder andere Theil seine neue Anlage ohne polizeiliche Bewilligung machte, ihm aus gewerbspolizeilichen Gründen die Wiederherstellung des alten Zustands auferlegen können. Die Polizeibehörde kann dies von Amtswegen oder auf Antrag des einen oder andern Betheiligten, jedoch auch im letztern Falle immer nur aus polizeilichen Gründen, so weit nämlich das Interesse der Gewerbe, oder ein anderes öffentliches Interesse es fordert.

Sind es nicht polizeiliche Gründe, welche der eine Theil gegen die Anlagen des andern geltend macht, macht er vielmehr Einsprachen, die er aus seinem eigenen Rechte (sei es aus dem Eigenthum des Wassers, aus einer Dienstbarkeit oder aus Vertragsverhältnissen) ableitet, so geht dies die Polizeibehörde nichts an, sondern der Einsprechende hat seine Rechte lediglich vor dem Richter geltend zu machen, ohne daß er darüber vorerst ein polizeiliches Vorverfahren einzuleiten hätte.

Ein solches Vorverfahren der Polizehörde ist nämlich durch kein Gesetz vorgeschrieben, daher wüßte ich auch nicht, womit dasselbe als präjudiziell für die Anbringung der gerichtlichen Klage gerechtfertigt werden könnte.

Beide Behörden, die Polizeibehörde und die Gerichtsbehörde, sind von einander unabhängig, jede erkennt in ihrem eigenen Kreise, die Polizeibehörde verbietet die Anlage aus polizeilichen Gründen, und die Gerichtsbehörde verbietet sie wegen der Rechtseinsprache Anderer, ohne daß die eine Behörde auf die Verfügungen der andern zu warten hätte.

Verwirft der Richter die erhobenen Rechtseinsprachen, so hat derjenige, gegen den sie gerichtet waren, damit noch keine Baubewilligung, es steht ihm zwar kein privatrechtliches Hinderniß im Wege, aber es kann ihm noch ein polizeiliches im Wege stehen.

Hat er die polizeiliche Baubewilligung, d. h. erklärt die Polizei, daß seiner Anlage kein polizeiliches Hinderniß im Wege stehe, so ist er damit noch nicht sicher, daß er die Anlage wirklich machen darf, indem noch eine privatrecht-

Digitized by Google

liche Einsprache gegen ihn vor dem Richter geltend gemacht werden kann.

Erst wenn keine solche Einsprache erhoben, oder sie vom Richter verworfen wird, und zugleich noch der Ausspruch der Polizeibehörde, daß kein polizeiliches Hinderniß vorhanden sei, erfolgt ist, steht das Recht zur neuen Anlage fest.

Im vorliegenden Falle konnte es sich daher wohl nur fragen, ob die Einsprache, welche der Kläger gegen die Weiheranlage des Beklagten erhob, privatrechtlicher Natur war, oder nur auf polizeilichen Gründen beruhte. Das letztere war wohl nicht der Fall, da der Kläger weder Umstände angab, welche nach polizeilichen Verordnungen die Anlage unzuläßig machen sollten, noch auch sonst etwa das öffentliche Interesse verletzt erklärte, vielmehr ausdrücklich bemerkte, daß ihm durch die Anlage das Wasser periodisch entzogen, und er also dadurch in seinem Rechte beeinträchtigt werde.

Darin lag also lediglich die Geltendmachung der Dienstbarkeit, welche nach S. 641 dem Besitzer des untern Grundstücks gegen den Besitzer des obern zusteht, und wenn der Kläger dabei den Titel, durch den er diese Dienstbarkeit erworben, nicht angegeben hat, so mochte ihm die Klage nach den §§. 248 und 359 der Pr. Ord. zur Vervollständigung zurückgegeben, beziehungsweise die bestimmte Angabe des Titels seiner behaupteten Dienstbarkeit auferlegt werden.

Aber selbst, wenn der geltend gemachte Klaggrund gar nicht als ein privatrechtlicher, sondern als ein polizeilicher erschienen wäre, so hätte die Klage denn doch nicht als zur Zeit, sondern unbedingt zurückgewiesen, beziehungsweise die richterliche Kompetenz unbedingt als unstatthaft erklärt werden müssen, da diese Kompetenz auch nach Erledigung des unrichtig angedeuteten polizeilichen Vorverfahrens nicht einträte, und der Civilrichter weder früher, noch später über jenen dem öffentlichen Recht angehörigen Klaggrund erkennen dürfte, es aber für den Fall, daß ein anderer und zwar privatrechtlicher Klaggrund nachgetragen würde, gar keines Vorbehaltes bedarf, am allerwenigsten wegen eines solchen möglichen Falles eine Zurückweisung als zur Zeit unstatthaft ausgesprochen werden kann. Es könnten sonst alle Abweisungen der Klage überhaupt nur mit dieser Klausel geschehen, da jede einmal verworfene Klage, wenn sie mit einem neuen genügenden Klaggrund wiederholt wird, nachträglich noch den Sieg davon tragen kann. Bekk.

II.

Ueber die Rechtsmittel.

§. 1. Die Rechtsmittel theilen sich nach der Proceßordnung in ordentliche und außerordentliche. Die Appellation allein ist — obwohl sie in gewissen, gesetzlich bestimmten Fällen zugleich als Surrogat der Cassation dient — ein ordentliches Rechtsmittel. Der außerordentlichen gibt es zwei, nämlich die Beschwerdeführung und die Nichtigkeitsklage.

Hie und da, wo die Pr. Ord. kein selbstständiges Rechtsmittel gestattet, aber doch erlaubt, die Beschwerde demnächst bei Gelegenheit eines Rechtsmittels gegen das Urtheil in der Hauptsache geltend zu machen (§§. 241, 302, 390 u. 405) ist der Ausdruck gewählt: „es findet kein Rechtsmittel Statt“ oder: „es findet ein Rechtsmittel Statt“ — während es wohl heißen sollte: es findet kein selbstständiges Rechtsmittel Statt. Den Gegensatz davon enthält der §. 391. Außerdem kommt auch (§. 672, 769 und 917) die Bestimmung vor: „es finden die gewöhnlichen Rechtsmittel Statt,“ worunter lediglich die Appellation zu verstehen seyn wird, da sonst kein gewöhnliches, d. h. ordentliches Rechtsmittel statuirt ist.

Dergleichen Variationen im Ausdruck können leicht Mißverständnisse erzeugen, welchen durch eine gleichlautende Terminologie vorgebeugt werden sollte.

In einigen Lehren, z. B. über den Besitzproceß, über die Gesuche um Herausgabe oder Vorlage von Urkunden u. s. w., geschieht endlich gar keine Erwähnung von den Rechtsmitteln, obgleich die Statthaftigkeit derselben hier so wenig zu bezweifeln seyn möchte, als in jenen Fällen, wo sich das Gesetzbuch (§§. 694, 740 und 1160) der Fassung bedient: „es findet kein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung Statt.“

Der Einsender unternimmt es, eine Zusammenstellung der Fälle, in welchen nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Rechtsmittel, sei es mit oder ohne Rücksicht auf eine bestimmte Streitsumme, Statt findet oder nicht, zu versuchen und geeigneten Orts seine Reflexionen beizufügen.

§. 2. Ueberall kein Rechtsmittel findet Statt:

1) gegen die Entscheidung über die Ablehnung eines Einzelrichters oder eines mittleren oder des höchsten Gerichtshofes oder eines oder mehrerer Mitglieder des einen und anderen, §. 72 — 74;

2) gegen das Erkenntniß über die Ablehnung des Protocollführers eines Gerichtshofes, §. 81;

3) gegen die Verwerfung einer Beschwerde, §. 1250, sollte wohl heißen: gegen das Erkenntniß über eine Beschwerde, gleichviel ob sie für begründet erachtet oder verworfen wurde;

4) gegen die Verfügung, wodurch eine zerstörliche Einrede als proceßhindernd verworfen ward, §. 303, 375.

Durch diese Verwerfung wird nämlich die Partei der Einrede selbst nicht verlustig; sie darf dieselbe als eine peremtorische bei Verhandlung der Hauptsache wieder vorschützen. Daher die Unstatthaftigkeit eines Rechtsmittels, welches

Digitized by Google

leicht zu chicaneusen Verschleifen des Processes mißbraucht werden könnte.

5) Gegen Versäumungserkenntnisse, ausgenommen, wenn die Beschwerde darin besteht, daß der zugegebenen Versäumung ungeachtet die als Folgen derselben gegen die säumige Partei ausgesprochenen Nachtheile den Rechten nicht gemäß sind, oder das gesetzliche Maß überschreiten, §. 1178.

Liegt aber kein wirkliches Versäumniß vor, so wird es von der Wahl der beschwerten Partei abhängen, gegen das Contumatialurtheil entweder sogleich zu appelliren, oder vorerst Wiederherstellung bei dem nämlichen Richter nachzusuchen.

6) Gegen die Verfügung, wodurch die Folgen der Leistung oder Verweigerung eines Eides ausgesprochen worden, §. 606.

Sollte übrigens die Beschwerde darin bestehen, daß die purificatoria dem rechtskräftigen Vorbescheide nicht gemäß, daß eine andere, als die vorausbestimmte Folge ausgesprochen, daß der Eid mit Unrecht für erlassen, verweigert oder geleistet angenommen worden sei u. dgl., so müßte wohl, wie in den ähnlichen Fällen der §§. 929 und 1178 der Appellation ebenfalls Statt gegeben werden.

Annalen, dritter Jahrgang, Nr. 52, S. 310.

§. 3. Kein selbstständiges Rechtsmittel findet Statt:

1) gegen Abschlagung einer Frist oder Verlegung einer Tagfahrt, §. 241;

2) gegen die Verwerfung verzögerlicher Einreden, welche nicht vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens hergenommen sind, §. 302;

3) gegen die Verfügung, wodurch eine zerstörliche, als proceßhindernd bereits verworfene, aber bei Verhandlung der Hauptsache wieder vorgeschützte Einrede nun gänzlich verworfen wurde, §§. 303, 304.

Die Verwerfung einer Einrede zieht nicht nothwendig die Sachfälligkeit derjenigen Partei nach sich, von welcher sie vorgeschützt worden ist; es kommt daher lediglich darauf an: ob das Endurtheil, welches nach §. 370 ohnedem über alle Streitfragen gleichzeitig zu erkennen hat, Stoff zu einer materiellen Beschwerde darbietet, weßhalb die Appellation bis dahin verschoben bleiben muß.

4) Gegen proceßleitende Verfügungen, §. 390;

5) gegen bloße Beweiserkenntnisse, §. 405;

6) gegen Erkenntnisse, wodurch das im Laufe der Verhandlungen gestellte Begehren einer Partei, zum Widerruf von als irrig angefochtenen thatsächlichen Anführungen oder Zugeständnissen ihres Anwalts oder Gewalthabers zugelassen zu werden, genehmigt oder verworfen wurde, §. 1175 Nr. 8, Absatz 2;

7) gegen Zwischenbescheide, welche die Eidesformel festsetzen, §§. 581 — 83, 1175, Nr. 2. a. E.

Hingegen sind bedingte Endurtheile, wodurch auf Leistung eines Eides erkannt wird (§§. 379, 597 und 98), allerdings sogleich appellabel.

8) Gegen den Beschluß, wodurch die gegen ein Versäumungserkenntniß nachgesuchte Wiederherstellung erkannt ward, §. 672, Absatz 2.

Ueberhaupt können alle Beschwerden, welche einer Partei vor dem Endurtheil durch Verwerfung ihrer Gesuche oder durch Gewährung der Gesuche ihres Gegners, nach ihrer Vernehmung darüber oder ohne solche, zugegangen sind, bei dem späteren Gebrauche von Rechtsmitteln gegen das Endurtheil geltend gemacht werden, wenn auch die Partei deßhalb im früheren Rechtszuge keinen Vorbehalt gemacht hatte, §. 392 und 1168.

§. 4. Die Appellation findet im ordentlichen oder abgekürzten Verfahren Statt.

I. Gegen jedes Urtheil, welches einen Streitgegenstand zuerkennt oder abspricht, dessen Werth die Appellationssumme erreicht; insbesondere:

1) gegen schiedsrichterliche Urtheile, jedoch nur dann, wenn die Parteien im Schiedsvertrag sie vorbehalten haben, §. 207.

Für Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten ist jedoch diese Bestimmung dahin modificirt, daß die Appellation Statt findet, wenn nicht darauf verzichtet worden ist, §. 213, vergl. mit Satz 52 des Handelsrechts.

Uebrigens kann ein beliebiges Appellationsgericht von den Parteien erwählt werden, §. 208 und 209.

2) Gegen den Beschluß, wodurch die gegen ein Versäumungserkenntniß nachgesuchte Wiederherstellung verworfen ward, §. 672.

Es kann aber die Wiederherstellung entweder als unstatthaft (z. B. wegen Verspätung) oder als unbegründet (z. B. wegen Unerheblichkeit des nachgebrachten Parteivortrags) verworfen worden seyn. Im ersten Falle ist alsdann, wenn der Oberrichter die Wiederherstellung zuläßt, die Sache nach Analogie des §. 1238 zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den Unterrichter zurückzuweisen, im andern hingegen ist sie bei dem Obergerichte selbst auszuhandeln und von diesem zu entscheiden.

Ob übrigens hier die Appellation, wenn nicht der Grund der Beschwerde in verletzten Vorschriften des Verfahrens besteht, selbst ohne Rücksicht auf die Beschwerdesumme Statt finde? scheint zweifelhaft, theils weil im §. 672 nur von gewöhnlichen Rechtsmitteln die Rede ist, theils weil der nicht ausdehnend zu interpretirende §. 1175 Nr. 1 von Wiederherstellungsgesuchen keine Erwähnung thut.

3) Gegen das Erkenntniß über die Statthaftigkeit und Fortdauer oder die Unstatthaftigkeit und Wiederaufhebung

Digitized by Google

des früher verfügten Arrestes, jedoch ohne aufschiebende Wirkung, §. 694.

Also gegen die Arrestanlegung selbst (§. 689) ist kein Rechtsmittel zuläßig, es könnte denn der Arrestbeklagte etwa nachweisen, daß ihm durch die Art der angeordneten Beschlagnahme ein unabwendbarer Nachtheil zugehen würde, §. 391.

4) Gegen den Beschluß, wodurch die Einsprache des Beklagten gegen unbedingte Befehle oder einstweilige Verfügungen verworfen wurde. §. 718.

Es ist bemerkenswerth, daß diese Appellation keine aufschiebende Wirkung hat, während der Kläger, wenn das nachgesuchte Mandat oder Provisorium abgeschlagen oder nach dessen Erlassung wieder aufgehoben wird, selbst ohne Rücksicht auf das Vorhandenseyn der Beschwerdesumme appelliren kann, §. 719, vergl. mit §. 391 und 1175 Nr. 1 u. 2.

5) Gegen Erkenntnisse im Executiv- und Wechselproceß, jedoch ebenfalls ohne Suspensiveffect, §. 740.

Uebrigens kann der Schuldner, wenn die Vollstreckung verfügt wird, entweder Sicherheitsleistung bei dem Unterrichter begehren oder unter gewissen Voraussetzungen sogar Einhalt bei dem Oberrichter nachsuchen, §§. 1181, 82.

6) Gegen das Erkenntniß über die Schuldigkeit des Aufgeforderten zur Erhebung der Klage, §§. 768, 69.

Hier dürfte einzuschalten seyn: „oder Nichtschuldigkeit;“ denn ohne Zweifel steht dem Provocanten die Appellation ebenfalls zu, wenn der Aufgeforderte von der Schuldigkeit zu klagen entbunden, oder, was auf eines hinausläuft, wenn die Provocationsklage abgewiesen wird.

7) Gegen das Gantурtheil (Ordnungsbescheid) gleichviel, ob die Beschwerde die Forderung selbst oder die Classification betrifft, §. 894 und 917.

Verschieden hievon ist das gleichfalls appellable Ganterkenntniß, d. h. der Beschluß, wodurch die Eröffnung der Gant ausgesprochen wird, §§. 821, 22. — Doch scheint die Appellationssumme hiebei nicht erforderlich zu seyn.

8) Gegen den Beschluß, wodurch ein Einhaltsgesuch im Vollstreckungverfahren verworfen ward, §. 965.

Abgesehen davon, daß hier schicklicher die Beschwerdeführung statuirt worden wäre, wirft sich die Frage auf: ob nicht auch der implorirende Gläubiger zu dem nämlichen Rechtsmittel greifen darf, wenn dem Einhaltsgesuch mit Unrecht deferirt worden ist? Die Verneinung dieser Frage würde eine Ungleichheit der Rechte beider Theile involviren.

Welch ein Unfug mit dergleichen Rechtsmitteln getrieben werden kann, lehren die Annalen, dritter Jahrgang, Nr. 41, S. 242, 43.

9) Gegen die Verfügung, wodurch die wider den Inhalt des Vertheilungsbescheids gemachten Erinnerungen erledigt werden, wenn die Beschwerde darin besteht: daß die angefochtenen Theile des Vertheilungsbescheids dem rechtskräftigen Gantурtheile, oder den rechtskräftigen, dasselbe abändernden Erkenntnissen des Obergerichts nicht gemäß seien, §. 929.

Singulär sind hier die Bestimmungen:

a) daß die suspensive Wirkung dieser Appellation sich nur auf die angefochtenen Theile des Distributionsbescheids erstreckt, §. 931, und

b) daß die Appellation in der nämlichen Tagfahrt, wo die beschwerende Verfügung erlassen und verkündigt worden ist, mit specieller Angabe der Beschwerde angemeldet und innerhalb vierzehn Tagen bei dem Obergericht gerechtfertigt werden muß, beides bei Verlust des Rechtsmittels, §§. 927, 28 und 930.

Doch dürfte den Parteien unverwehrt seyn, die Appellationsverhandlungen auch bei dem Gantgerichte zu pflegen, §§. 852, 1226.

Da es sich übrigens hier blos um Urtheilsvollzug handelt, so scheint die Zulassung eines dritten Rechtszuges der Absicht des Gesetzgebers nicht zu entsprechen, obgleich hierüber kein bestimmter Ausspruch zu finden ist.

10) Gegen den Beschluß, wodurch eine Urtheilserläuterung gegeben oder verworfen, oder eine andere als die begehrte Erläuterung ertheilt ward, §§. 1157 — 60.

Ob Erläuterungsgesuche selbst nach Ablauf beider Appellationsnothfristen noch zuläßig und ob Verbesserungsanträge im Sinne des §. 1161 nach den nämlichen Grundsätzen zu beurtheilen seyn dürften, darüber sind die Meinungen getheilt.

Annalen, dritter Jahrgang, Nr. 38, S. 227.

§. 5. II. Ohne Rücksicht auf irgend eine Summe findet nach den §§. 391 und 1175 die Appellation Statt:

1) gegen proceßleitende Verfügungen und Zwischenurtheile, wenn der Partei ein unabwendbarer Nachtheil durch Verzögerung der Handlungen, der Beweisführung oder durch die Art der Vornahme einer Proceßhandlung zugehen würde.

Droht aber der Partei kein derartiger Nachtheil (welcher allemal im strengsten Sinn zu nehmen seyn wird), so hat sie sich im ersten Falle der einfachen Beschwerdeführung zu bedienen, und im zweiten Falle ihre Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil auszuführen, damit die als fehlerhaft erfundene Handlung von dem Appellationsgericht selbst neu vorgenommen werde, §. 1224 und 1244 Nr. 1.

2) Gegen die Verfügung, wodurch Beweismittel für unzuläßig erklärt oder Beweismittel zugelassen werden, welche nach den Gesetzen unzuläßig sind.

Der Gesetzgeber hat sich auf der einen Seite gegen die Appellabilität der Beweisurtheile entschieden:

a) weil es dem Fortgang des Processes förderlich ist, ihn durch ein Zwischeneintreten des Rechtsmittels nicht aufhalten zu lassen;

Digitized by Google

b) weil es zur Förderung des materiellen Rechts dient, wenn der Richter durch Rechtskraft nicht genöthigt wird, bis zum Ende des Processes einer Beweisauflage treu zu bleiben, von deren Unrechtmäßigkeit er sich noch bald genug überzeugt; endlich

c) weil durch eine 27jährige Praxis das Bedürfniß einer Abänderung dieser schon im §. 73 der O. G. O. von 1804 enthaltenen Bestimmung nicht fühlbar geworden ist.

v. Weiler, Motive zu §. 393 u. ff.

Bericht der Gesetzgebungscommission, Absatz IV.

Auf der andern Seite ward jedoch die Appellation von Zwischenverfügungen in einem solchen Umfange vorbereitet, wie es wohl noch keine Gesetzgebung gethan hat. Incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdim!

Die Geltendmachung der Beschwerde gegen die Verwerfung oder Zulassung von Beweismitteln hätte schon der Consequenz halber bis zur Appellation gegen das Urtheil in der Hauptsache aufgeschoben werden sollen, eben weil es dem Fortgange des Processes förderlich wäre, ihn durch das Zwischeneintreten zweckloser Rechtsmittel nicht aufhalten zu lassen. Welche üble Folgen daraus entstehen können, zeigen die Annalen, erster Jahrgang, Nr. 28, S. 171, 72.

3) Gegen die Verfügungen, wodurch der Richter die Ladung auf eine Klage noch zur Zeit oder unbedingt versagt oder sich für incompetent erklärt oder endlich die Klage angebrachtermaßen verwirft, §§. 357 — 360.

Diese Bestimmung, welche analog auch von Nichtigkeits-, Zwischen-, Wieder- und Wiederherstellungsklagen gilt, erscheint als eine Art von Anomalie, da gegen das Endurtheil selbst, weil es an der Summe fehlt, keine Appellation Statt findet, es wäre denn, daß der Fall unter den §. 1175 Nr. 3, 4 und 5 subsumirt werden könnte.

Eigenthümlich sind hier folgende Bestimmungen:

a) die Nothfristen fangen von der Zeit zu laufen an, wo der Kläger diese richterliche Verfügung zugleich mit der Doppelschrift der eingereichten Klage dem Beklagten einhändigen läßt, §. 1230.

Die Zustellung, welche nach den §§. 357 — 360 durch den Richter an den Beklagten blos „zur Nachricht" geschieht, ist demnach ohne Einfluß auf den Lauf der Nothfristen (Ausnahme von der Regel des §. 1190);

b) die Rechtfertigungsfrist besteht, es mag sich die Sache zum ordentlichen oder zum abgekürzten Verfahren eignen, in 42 Tagen, §. 1233 (Ausnahme von der Regel des §. 1206);

c) die Beschwerdeschrift darf keine neuen Thatsachen oder Beweise enthalten, §. 1233 (Ausnahme von der Regel des §. 1221);

d) der Appellat wird, unter Mittheilung der Beschwerdeschrift, zur mündlichen Verhandlung blos monitorisch vorgeladen, §§. 1235, 36 (Ausnahme von der Regel des §. 1215);

e) die Bestätigung der unterrichterlichen Verfügung gilt einem Urtheile gleich, welches auf vorgängige Verhandlung erfolgt ist, §. 1237;

f) auf die von dem Obergerichte für zuläßig erkannte Ladung muß die Sache in jenen Fällen, wo der Unterrichter, ohne auf die Materialien einzugehen, die Ladung abgeschlagen hatte, wie in den Fällen der §§. 357, 359 und 360, an die erste Instanz zur weitern Verhandlung und Entscheidung zurückgewiesen werden. Da hingegen, wo der Unterrichter, wie im Falle des §. 358, über die Klagbegründung selbst schon entschieden hat, würde ihm durch die Zurückweisung der Sache gleichsam eine andere Meinung von oben herab aufgedrungen, den Parteien selbst aber nur unnützer Zeit- und Kostenaufwand verursacht, weßhalb in diesem Falle die Sache vor dem die Ladung für zuläßig zu erkennenden Obergerichte ausgehandelt und entschieden werden muß, §. 1238, vergl. mit §. 1223.

v. Weiler, Motive a. a. O., Tit. 46, Abschnitt 5.

Auf diese Art kann es im Falle des §. 358 zufolge §. 1176, bei dem Vorhandenseyn der Oberappellationssumme (also in den wichtigsten Processen!) dahin kommen, daß die contradiktorische Verhandlung erst in dritter Instanz beginnt, wenn nämlich da erst die in den vordern Instanzen versagte Ladung für zuläßig erkannt wird.

Gesetzt aber, die Ladung werde von dem Mittelgericht zugelassen, sohin die Sache ebendaselbst verhandelt und entschieden, so wirft sich die Frage auf: ob in dritter Instanz der §. 1221 oder der §. 1242 zur Anwendung kommen?

Erwägt man, daß in einem solchen Falle der oberste Gerichtshof eigentlich erst als zweite Instanz erscheint, und daß der §. 1233 das Vorbringen neuer Thatsachen und Beweise bei der Appellation gegen versagte Ladung verbietet, so möchte es kaum zweifelhaft seyn, daß in diesem letzten Rechtszuge nicht nur Nova jeglicher Art, sondern nach Umständen selbst Beweiserkenntnisse zuläßig sind, weil der §. 1242 doch wohl voraussetzt, daß es den Parteien in der vorigen Instanz erlaubt und möglich war, von dem Benefic. des §. 1221 Gebrauch zu machen.

Tritt endlich der Fall ein, daß der oberste Gerichtshof die in erster Instanz von einem Mittelgericht auf die Klage gegen eine gefreite Person, nach Maßgabe des §. 358 versagte Ladung für zuläßig erkennt, so ist das Resultat, daß der Beklagte zu seiner Vertheidigung in der Hauptsache nur eine Instanz und folglich zwei weniger hat, als der Regel nach eine nicht privilegirte Partei!

Annalen, erster Jahrgang, Nr. 20, S. 122, 23.

Als sehr zweckmäßig hatte sich der §. 1 der Verordnung vom 17. Mai 1827 (Reg. Blatt Nr. XII.) bewährt, welcher unter anderem vorschrieb:

„die Gerichte sollen die Ladung auf erhobene Klage niemals blos darum verweigern, weil sie den hierdurch geltend gemachten Anspruch entweder an sich oder mit Rücksicht auf die Person des Klägers oder des Beklagten für rechtlich unbegründet halten ꝛc.;"

denn dadurch wurden nicht nur die bemerkten Inconvenienzen,

Digitized by Google

sondern auch jene zahllosen Appellationen abgeschnitten, welche jetzt an der Tagesordnung sind.

4) Gegen Erkenntnisse, wodurch verzögerliche, vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens hergenommene Einreden verworfen wurden.

Der Unterschied zwischen dieser und der Appellation des §. 1175 Nr. 3 und 4 scheint darin zu bestehen, daß hier keine materielle Beschwerde als Bedingung der Statthaftigkeit des Rechtsmittels erfordert wird.

Will man aber wissen, was denn eigentlich unter diesen wesentlichen Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und Urtheils, wovon in den §§. 296, 302, 308, 706, 729 und 1253 so viel die Rede ist, zu verstehen sei? so beobachtet die Proceßordnung hierüber ein gänzliches Stillschweigen, welches mit dem Berichte der großherzogl. Gesetzgebungscommission, worin es heißt:

> „das Anwachsen des Entwurfs zu einer großen Anzahl von Artikeln vermochte die Commission von der Befriedigung dieses Bedürfnisses (dem praktischen Geschäftsmanne die Anwendung zu erleichtern) so wenig abzuhalten, als sie in ihrem Bestreben nach Vollständigkeit irre zu machen, das ihr schwierige Fragen mit Stillschweigen zu übergehen nicht gestattete,"

unläugbar in einem merklichen Contraste steht und die Gerichte nicht selten in Verlegenheit setzt.

Der §. 122 des jüngsten Reichsabschieds von 1654 ließ es hinsichtlich derjenigen Nullitäten, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Partei oder aus den substantialibus processus nach sich führen, bei der Disposition der gemeinen Rechte, an deren Stelle hierlands das Nullitätenedikt vom 28. März 1804 (Reg. Blt. Nr. XV.) gesetzt war. Dieses Edikt stand und fiel mit der Obergerichtsordnung, wovon es (nach §. 168) einen ergänzenden Theil ausmachte.

Durch die Einführung der neuen Proceßordnung wurde aber die O. G. O. aufgehoben (K. R. S. 6c.) und folglich die fragliche Lehre wieder auf den Standpunkt von 1654 zurückgeführt. Da indessen die Proceßordnung zum Theil solche Formen eingeführt hat, welche dem gemeinen Rechte fremd sind, so werden die Entscheidungen der Gerichte in so lange sehr schwankend ausfallen, bis diesem sehr beklagenswerthen Mangel des Gesetzes, welcher bereits auf dem letzten Landtage zur Sprache gekommen ist (Annalen, vierter Jahrgang Nr. 7 Beilage), in entsprechender Weise abgeholfen seyn wird;

5) Gegen beschwerende Urtheile, wenn der Grund der Beschwerde in verletzten Vorschriften des Verfahrens besteht.

Formverletzung und materielles Unrecht müssen hier nicht nur concurriren, sondern sich auch wie Grund und Folge zu einander verhalten. Es genügt daher keineswegs, daß sich zu der materiellen Beschwerde auch noch eine Formverletzung gesellt, wenn nicht zugleich erstere durch letztere herbeigeführt worden ist. Daraus folgt denn, daß die Formfehler in der Beschwerdeschrift (und nicht erst bei der mündlichen Rechtsausführung) aufgezählt und in ihrem ursachlichen Zusammenhange mit der Beschwerde in der Hauptsache dargestellt werden müssen, weil dadurch die Statthaftigkeit des Rechtsmittels bedingt ist.

Vergl. Annalen, dritter Jahrgang, Nr. 15, S. 85.

6) Gegen das beschwerende Urtheil, welches auf einen unwahren, in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtssatz gebaut ist.

In diesem Falle und aus diesem Grunde allein findet eine Appellation Statt, welche blos die Proceßkosten betrifft.

Auch hier muß dem Appellanten durch Anwendung eines unwahren Rechtssatzes materielles Unrecht widerfahren seyn. Nicht minder ist es nöthig, den unwahren Rechtssatz in der Beschwerdeschrift anzuführen.

Besonders verdient hier bemerkt zu werden, daß in diesem speciellen Falle wegen der Proceßkosten allein schon die Appellation zuläßig ist, während sonst die Kosten der vordern Instanz dem Streitobject nicht beigeschlagen werden dürfen, um die Appellationssumme zu constatiren.

Dadurch aber, daß den Parteien eine Gelegenheit eröffnet wurde sich der Kosten wegen über die räthselhafte Frage: was ein unwahrer Rechtssatz sei? in noch größere Kosten zu versetzen, ist mehr Unheil angerichtet als vermieden. Im Uebrigen hat die Bestimmung des §. 1175, Nr. 4 schon anderwärts ihre Würdigung gefunden.

Annalen, erster Jahrgang, Nr. 37, S. 226 — 28; Nr. 43, S. 261, 262.

7) Gegen das Urtheil, welches einer Partei mehr zuerkennt als sie begehrt hat.

Wenn eine andere, als die begehrte Urtheilserläuterung ertheilt wird, so kann dagegen appellirt werden. §. 1150; sollte dies nicht auch der Fall seyn, wenn ein anderer als der begehrte Streitgegenstand zuerkannt worden ist?

Die §§. 376 und 377 scheinen für die Bejahung dieser Frage zu sprechen.

8) Gegen Urtheile, worin auf persönlichen Verhaft erkannt ist;

9) bei Standesklagen;

10) gegen Erkenntnisse, wodurch das nach der Urtheilsverkündung angebrachte Gesuch einer Partei, zum Widerrufe von als irrig angefochtenen thatsächlichen Anführungen oder Geständnissen ihres Anwalts oder Gewalthabers zugelassen zu werden, genehmigt oder verworfen wurde, §. 151 und 153.

Hier gelten wieder die (oben §. 4 Nr. 2) über die Appellation gegen die Verwerfung von Wiederherstellungsgesuchen gemachten Bemerkungen. Nur kommt noch hinzu, daß schon gegen die Zulassung zum Widerruf die Appellation Statt findet, obgleich dadurch der Gegenpartei des Widerrufenden noch keinerlei Rechtsnachtheil in der Hauptsache selbst zugefügt wird. Vor der Hand scheint also die Appellation nur ein zweckloser Verschleif zu seyn, weil erst dann, wenn auf die Verhandlung über den Widerruf eine das bereits publicirte Urtheil abändernde, dem Widerrufenden günstige Entscheidung ergeht, sich die Gegenpartei mit Grund beschweren mag. Deßwegen sollte ihr, wie in dem ganz ähnlichen Falle des §. 672, Absatz 2, lediglich gestattet seyn, die Beschwerde wegen Zulassung des Widerrufs künftig in Verbindung mit dem Rechtsmittel gegen das Endurtheil geltend zu machen, wie es die §§ 390 und 1168 von selbst mit sich bringen.

Was sonst von dieser Lehre zu halten sei, melden die Annalen, dritter Jahrgang, Nr. 50, S. 295.

Es wird dazu noch ein besonderer Aufsatz erscheinen, welcher den Zweck hat, das Unpraktische der ganzen Lehre vom Widerruf näher darzuthun.

Digitized by Google

§. 6. Die Beschwerdeführung, welche durch keine bestimmte Streitsumme bedingt und an keine Nothfrist gebunden ist, findet Statt:

1) in den Fällen des §. 1244, Nr. 1 — 6;

2) in Fällen, wo sie außerdem noch ausdrücklich im Gesetz (und nicht blos in der Proceßordnung) gestattet ist; namentlich:

a) Gegen die Verwerfung der Ablehnung des Protokollführers eines Untergerichts oder Commissärs §. 79, 80. Also nicht auch gegen die Gewährung des Ablehnungsgesuchs.

b) Gegen die Verwilligung einer Frist oder einer weiteren Tagfahrt, wenn die Verwilligung selbst oder das Maß derselben gegen das Gesetz ist, §. 242, indeß gegen die Versagung einer Frist- oder Vertagungsbitte eine Beschwerde nur Statt findet in Verbindung mit dem Rechtsmittel gegen die Verfügung oder Entscheidung in der Hauptsache, wo sie offenbar keinen Zweck mehr hat, §. 241;

c) gegen Vollstreckungshandlungen, §. 962, Absatz 2;

d) gegen den Ansatz der Taxen, Sporteln, Stempelgebühren und Strafen in bürgerlichen Rechtssachen. Verordnung vom 20. März 1834, Reg. Blt. Nr. XIII.

§. 7. Die Nichtigkeitsklage, deren Förmlichkeiten im Gesetze nirgends vorgezeichnet sind, hat in vier Fällen Statt:

1) jede richterliche Verfügung oder Entscheidung ist nichtig, und zu allen Zeiten, ohne Rücksicht auf irgend eine Verjährung, als nichtig anzufechten, wenn sie durch Zwang oder Machtgebote höherer Gewalt ihre Entstehung erhalten hat, §. 6.

Dieser bedeutungsvolle Satz ist inzwischen ohne praktischen Werth, weil das Gesetz unbestimmt läßt, wie und wo eine solche Nichtigkeit auszuführen wäre;

2) die Nichtigkeitsklage findet gegen Schiedssprüche auch in den Fällen Statt, wo die Parteien im Schiedsvertrag kein Rechtsmittel vorbehalten haben, wenn der Schiedsvertrag selbst ungültig oder die Grenzen der darin ertheilten Entscheidungsbefugniß, in Hinsicht auf Umfang oder Zeit, überschritten sind, §. 210.

Sie ist bei dem Untergerichte anzubringen, welches ohne Bestellung eines Schiedsgerichts in erster Instanz zuständig gewesen wäre, oder wenn ein Gericht als Schiedsrichter gesprochen hat, bei dessen unmittelbar vorgesetztem Obergericht; endlich, wenn ein Schiedsspruch des obersten Gerichtshofs angefochten ist, bei diesem selbst, §. 211, vergl. mit Satz 52 des Handelsrechts.

Die Natur der Sache gibt es aber schon an die Hand, daß nicht der nämliche Senat des obersten Gerichtshofes, welchee als Schiedsrichter gesprochen hat, über die Nichtigkeitsklage entscheiden kann. Man vermißt übrigens die Bestimmung der Frist, innerhalb welcher die Nichtigkeitsklage anzustellen ist. Von dem Erforderniß einer bestimmten Streitsumme für den höheren Instanzenzug geschieht ebenfalls keine Erwähnung.

3) Alles Verfahren vor dem unfähigen Richter (§. 56), jede Verfügung und Entscheidung desselben ist nichtig, §. 57.

Bei dem Schweigen des Gesetzes werden hier die Förmlichkeiten der Appellation, ohne Rücksicht auf die Beschwerdesumme, nach Analogie des §. 1175 Nr. 1 einzuhalten seyn.

4) Ob ein mit Verletzung der gesetzlichen Vorschriften (beim Vollstreckungsverfahren) vorgenommener Akt als nichtig aufzuheben sei? ist nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts (L. R. S. 6 k) zu beurtheilen.

Eine Vollstreckungshandlung kann aber nicht mehr als nichtig angefochten werden, wenn dem Querulanten möglich gewesen wäre, im Wege der Beschwerdeführung Abhilfe zu begehren, §. 962.

Es ist jedoch im Gesetze nirgends ausgedrückt, wann die Nichtigkeitsklage und wann die Beschwerdeführung gewählt werden soll?

Die auf dem Landtage von 1831 über den Entwurf zur Proceßordnung erstatteten Commissionsberichte enthalten hierüber ebenfalls keinen Aufschluß.

In den v. Weiler'schen Motiven zu den §§. 965 und 966 des Entwurfs heißt es:

„Um die Vollstreckung auch nach ihrer Vollendung sicher zu stellen, sind die beiden Bestimmungen getroffen: 1) daß jede Einsprache wegen verletzter Formen mit dem Ablauf von vier Wochen erlöscht, und 2) daß die Anfechtung aus diesem Grunde auch dann erlöscht, wenn die Abhilfe im Wege der Beschwerdeführung möglich gewesen wäre. Dies letzte gilt vorzüglich von dem Falle, wo eine Vollstreckungshandlung zwar fehlerhaft, doch aber noch zeitig genug zur Kenntniß des Schuldners gekommen ist, um innerhalb der gesetzlichen Frist bei dem Oberrichter Beschwerde zu führen ꝛc."

Auch diese Bemerkungen geben nicht mehr Aufklärung, als das Gesetz selbst. Wollte man annehmen, die Beschwerdeführung finde vor und die Nichtigkeitsklage nach dem endlichen Zuschlag Statt, so würde man willkührlich distinguiren und gegen den §. 1054 anstoßen, wornach Klagen oder Beschwerden innerhalb vier Wochen nach dem endlichen Zuschlag noch zulässig sind.

Wie es scheint, soll die Beschwerdeführung gegen die Handlungen der Vollstreckungsbeamten (Ortsvorsteher und Amtsexequenten) mit Ueberspringung des Richters erster Instanz bei dem Obergericht, die Nichtigkeitsklage hingegen bei dem Untergericht angebracht werden. Nun könnte aber der Fall eintreten, daß der Unterrichter die Nichtigkeitsklage zurückweist, weil der verletzten Partei möglich gewesen wäre, im Wege der Beschwerdeführung Abhilfe zu begehren, wogegen der Oberrichter die Beschwerde verwirft, weil die Partei sich der Nichtigkeitsklage hätte bedienen sollen. Besteht für jedes der beiden Rechtsmittel ein anderer Richter, so ist es auch nicht wohl thunlich, zu bitten, daß die Nichtigkeitsklage eventuell als Beschwerdeführung oder die Beschwerdeführung eventuell als Nichtigkeitsklage angenommen und erledigt werden möge. Die Folge davon wird seyn, daß der Schuldner seine gerichtlichen Schritte mit großen Kosten büßt, und daß der Gläubiger nur nach langem Harren zur Befriedigung gelangt, da nicht zu läugnen seyn möchte, daß er bei diesem Wirrwarr vielleicht Jahre lang in allen Instanzen herumgezogen werden kann, während mittlerweile die Vollstreckung auf sich beruht, §. 959. — Wie dringend nöthig es sei, diesem Uebelstande im Wege der Gesetzgebung abzuhelfen, bedarf wohl keiner weiteren Demonstration. Ebenso muß von selbst einleuchten, daß es am zweckmäßigsten wäre, im Vollstreckungsverfahren überhaupt nur das einzige Rechtsmittel der Beschwerdeführung zu gestatten, um Verschleife und Verwirrungen möglichst zu beseitigen.

Bayer.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 5. November 1836.

I.

Ueber die Vermögensabsonderung unter Eheleuten nicht durch die Gant, sondern in der Gant.

Es ist wohl nicht leicht eine Vorkommenheit in unserm bürgerlichen Rechtszustand zu finden, wo man eine größere Sicherheit hatte, als in der Meinung, daß bei der Vergantung des Ehemanns und durch die in dem Gantverfahren geschehende Entschlagung der Ehefrau von der Gemeinschaft, Liquidation ihrer Forderungen, und Locirung, so wie Zuweisung derselben im Locations- und Distributivbescheid eine wirkliche Vermögensabsonderung nach S. 1443 flgd. eintrete, so daß mir nicht leicht eine neuere Erscheinung vorgekommen ist, als daß das Hofgericht in Mannheim nach Nr. 38 d. J. II. und der Vertheidiger dieser Entscheidung in Nr. 40 d. J. I. diese Meinung nicht mehr anerkennen will.

Untersucht man diese Entscheidung, und ihre Vertheidigung, so läßt sie sich darauf zurückführen, daß die Vermögensabsonderung nur unter besondern, bei Strafe der Nichtigkeit gebotenen Förmlichkeiten geschehen könne, und daß sie also in deren Nichtbeobachtung nach S. 6 k. durchgehends nichtig seie. Man kann dieses zugeben, allein man muß alsdann auch zugeben, daß aus dem Gesetz nachzuweisen ist, welche Förmlichkeit bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist. Förmlichkeiten einer Rechtsvorkommenheit sind aber Vorschriften des Gesetzes über die äußerlich erkennbare Gestalt eines Rechtsgeschäfts, so daß also nachgewiesen werden muß, daß für die äußerlich erkennbare Gestaltung der Vermögensabsonderung bestimmte Vorschriften bei Strafe der Nichtigkeit ertheilt sind.

Als eine hauptsächliche Förmlichkeit wird nun, zumal in den Entscheidungsgründen zu dem erwähnten Erkenntniß, die angeführt, daß ein Erkenntniß gefällt werden müsse, welches die Vermögensabsonderung für zuläßig erkläre, und man kann wohl sagen, daß darauf hauptsächlich die Entscheidung gebaut wurde, indem man sich beinahe allein auf die Nachweisung beschränkte, daß weder das Gant- noch das Kollokationserkenntniß ein Erkenntniß auf Vermögensabsonderung seie. Diese Förmlichkeit, d. h. die Vorschrift, daß bei Strafe der Nichtigkeit ein Erkenntniß, ein Urtheil ergehen müsse, des Inhalts: J. S. c. wird auf gepflogene Verhandlungen zu Recht erkannt, daß die Vermögensabsonderung Statt finde: ist aber nirgends im Gesetz, in den S. 1443 folgende zu finden, und wenn man annimmt, daß es offenbar zum Wesen der Vermögensabsonderung gar nicht gehört, daß der Ehemann, oder die Gemeinschaftsgläubiger der erbetenen Vermögensabsonderung widersprechen, also einen Rechtsstreit deßhalb führen, so muß man auch annehmen, daß das Gesetz als besondere, überall nothwendige Förmlichkeit die Erlassung eines Erkenntnisses über die Vermögensabsonderung gar nicht vorschreiben konnte, weil Erkenntnisse nur auf vorausgehende Rechtsstreite zu ihrer Entscheidung erlassen werden, und gerade in der Gant anzunehmen ist, daß über die Zuläßigkeit der Entschlagung von der Gütergemeinschaft abseiten der Ehefrau, und über die darin liegende Zuläßigkeit der Vermögensabsonderung kein Streit entsteht. Man sieht deutlich, daß nur auf den S. 1443 die behauptete Förmlichkeit des Erkenntnisses der Vermögensabsonderung begründet wird, allein dieser Satz schreibt nur vor, daß die Vermögensabsonderung vor dem Richter angebracht, und zugelassen werden müsse, und daß außergewöhnliche, d. h. außergerichtliche Vermögensabsonderungen ungültig seien. Wenn nun aber die Vermögensabsonderung in der Gant geschieht, und zugelassen wird, so wird sie vom Richter zugelassen, ist keine außergerichtliche, und es ist nur das nachzuweisen, daß in der Gant die Vermögensabsonderung vom Gantrichter wirklich zugelassen und ausgesprochen wird. Gleichwie jedoch die Erlassung eines Erkenntnisses in der gehörigen Urtheilsform nicht als eine besondere Förmlichkeit vorgeschrieben ist, so ist auch nirgends vorgeschrieben, daß die Ehefrau mit ausdrücklichen Worten auf die Vermögensabsonderung antragen müsse. Es sind dieses keine verba sacramentalia, oder römisch-rechtliche Klagformeln, sondern man kann dazu auch verba æquipollentia gebrauchen, so

Digitized by Google

daß man nur zu untersuchen hat, ob die Ehefrau bei den Gantverhandlungen solche Anträge gestellt hat, und ob der Gantrichter daraufhin solche richterliche Anordnungen und Aussprüche ertheilte, welche gar keine andere rechtliche Deutung zulassen, als daß er die erbetene Vermögensabsonderung ausgesprochen und angeordnet hat. Nimmt man aber, wie nothwendig, die Unterstellung an, daß die Ehefrau bei ihren Anträgen sich nicht des Wortes: „Vermögensabsonderung" bedienen müsse, so folgt wider daraus gleich nothwendig, daß auch der Richter bei seinen Anordnungen und Aussprüchen sich des Worts: „Vermögensabsonderung" nicht bedienen muß, sondern daß eben seine Anordnungen und Aussprüche über die eine Vermögensabsonderung bezweckenden Anträge der Ehefrau sich auf diese Vermögensabsonderung und auf ihre Zulassung beziehen müssen. Alles dieses läßt sich aber bei den hierin gewöhnlich vorkommenden Erklärungen und Aussprüchen der Ehefrau und des Richters auf das gewisseste und unzweifelhafteste nachweisen.

Wenn nämlich der S. 1443 als die erste Voraussetzung der Vermögensabsonderung die zerrüttete Vermögenslage des Ehemanns, und die Gefahr des Heirathsguts der Ehefrau hinstellt, so ist dieses bei der Vergantung des Ehemanns schon klar bewiesen, und unzweifelhaft vorhanden, und da nun die Vermögensabsonderung eine Rechtswohlthat der Ehefrau zur Sicherung ihres eheweiblichen Vermögens ist, so liegt es wohl auch klar am Tag, daß die, Sicherheit ihres Vermögens bezweckenden, Schritte der Ehefrau, zugleich Schritte zur Benutzung der Rechtswohlthat der Vermögensabsonderung sind. Ist aber die zerrüttete Vermögenslage des Ehemanns die thatsächliche Begründung der Vermögensabsonderung, und führt die Vermögensabsonderung die Auflösung der Gütergemeinschaft mit sich, so kann auch die Erklärung der Ehefrau, sich der Gemeinschaft zu entschlagen, nach S. 1453 nur unter der Voraussetzung geschehen, daß eine Auflösung der Gemeinschaft, wenn nicht schon geschehen ist, doch wenigstens zugleich mit eintritt, und vor sich geht, und wenn nun die Ehefrau bei der Gant sich der Gemeinschaft entschlägt, solche Entschlagung aber zugleich durch Liquidation ihrer sämmtlichen Forderungen in Kraft setzt, so läßt sich diese Rechtserklärung gar nicht anders verstehen, als daß sie ihr Vermögen zurückziehen, absondern, sichern, daß sie also Vermögensabsonderung erlangen will. Diese Erklärung geschieht aber vor dem Richter, und wenn nun der Richter in Folge dieser Erklärung und der darauf allein begründeten Liquidation ihrer Forderungen, noch dazu *jure separationis*, der Ehefrau ihre Güterstücke zuweist, ihre Forderungen locirt, so kann dieses abermals gar nicht anders erklärt und verstanden werden, als daß er die Vermögensabsonderung annimmt, ausspricht und anordnet. Denn die Ehefrau kann sich nicht der Gemeinschaft entschlagen, und kann nicht so, wie in der Gant geschieht, liquidiren, wenn sie nicht die Vermögensabsonderung verlangt, und der Richter kann ihre Liquidation nicht so zulassen, wie in der Location ihrer Forderungen geschieht, wenn er nicht davon ausgeht, daß die Gütergemeinschaft aufgelöst wird. Nun kann aber die Gütergemeinschaft, in Absicht aller anderen Auflösungsgründe des S. 1441, nur durch die Vermögensabsonderung des S. 1443 aufgelöst werden, die Vermögensabsonderung ist hier die einzig rechtlich mögliche Erklärung dieser gerichtlichen Vorkommenheit und dieser richterlichen Aussprüche, und deßhalb ist auch kein Anstand zu finden, daß alles dieses die Vermögensabsonderung wirklich darstellt, weil bis hieher der einzig vom Gesetz verlangten Förmlichkeit, Vorgang vor dem Richter, Genüge geleistet ist, und die Nothwendigkeit eines, das Wort Vermögensabsonderung enthaltenden Antrags der Ehefrau, oder Erkenntnisses des Richters nirgends im Gesetz nachgewiesen werden kann. Allerdings ist der in Nr. 40 bestrittene Satz des Oberhofgerichts, „daß der Ausbruch der Gant die Gütermeinschaft auflöse", unrichtig. Nicht durch die Gant, sondern in der Gant erfolgt die Auflösung der Gütergemeinschaft durch die darin vorgekommene Entschlagung der Gemeinschaft und deren Annahme durch Lokation der darauf begründeten Liquidation der Forderungen der Ehefrau, und die dagegen angeführten Citate aus französischen Schriftstellern schlagen deßhalb nicht bei uns ein, weil sie nicht von der Voraussetzung einer vorgekommenen Entschlagung von der Gemeinschaft ausgehen, welche bei uns allein vorkommt, und welche eben die Art der Vermögensabsonderung darstellt, die bei der Eigenthümlichkeit unsers Gantverfahrens auch eine eigenthümliche Darstellung der Vermögensabsonderung zu Wege gebracht hat. Es ist dieses doch wahrlich nicht die einzige Erscheinung in unserm Rechtszustand, daß eine Rechtsvorkommenheit des Code civil sich bei uns, abmangels mannigfacher darauf Bezug habender französischer Einrichtungen, anders gestaltet hat, und wenn man nun auch französische Rechtslehrer anführen kann, welche der hierländischen Gestaltung eines Rechts den Stab brechen, so geschieht dieses nur unter den Voraussetzungen des reinen französischen Rechts, was wir nicht besitzen, und was also für uns lediglich nichts beweist.

Gehen wir in den vom Gesetz verlangten Förmlichkeiten der Vermögensabsonderung weiter, so finden wir im S. 1441 die Vorschriften wegen des Vollzugs. Sie setzen aber eine Thätigkeit der Parteien, insbesondere der Ehefrau voraus, und da nun in unserm Gantverfahren der Vollzug des Lokationserkenntnisses, welches, wie gezeigt, die Zulassung der Vermögensabsonderung abseiten des Richters enthält, selbst wieder in den Händen des Gantrichters und Amtsrevisorats, vermöge des Vertheilungsbescheides liegt, so wird man ge-

Digitized by Google

wiß annehmen müssen, daß die zufolge der Vorschriften der Pr. Ord. über das Gantverfahren eintretende Vollziehung des Lokationsurtheils, bezüglich der Ehefrau, auch die im L. R. S. 1444 verlangte Vollziehung der Vermögensabsonderung selbst ist, und daß dadurch der Förmlichkeit des S. 1444 vollständig Genüge geleistet wird. Die endliche Erledigung der Gant, und in so fern der Vollzug der darin vorkommenden Vermögensabsonderung der Ehefeau, geschieht nach dem §. 932 folgende der Pr. Ord. durch den Massepfleger, und in so fern tritt wegen der Eigenthümlichkeit des alles umfassenden, universellen Gantverfahrens der Vollzug der Gant stellvertretend für den Vollzug des Landrechts nach S. 1444 ein, so daß die Förmlichkeit des S. 1444 als befolgt anzunehmen ist.

Vor dem Vollzug soll aber nach S. 1445 die Vermögensabsonderung durch Anschlag an einer dazu bestimmten Gerichtstafel öffentlich bekannt gemacht werden. Dieses geschieht nun freilich nicht bei uns, allein daraus kann denn doch nicht die Ungültigkeit einer Vermögensabsonderung abgeleitet werden, denn da wir diese Gerichtstafel gar nicht haben, und solche sogar nach der Verordnung vom 8. Juli 1812, Reg. Blt. Nr. 22, bei den Handelsleuten geradezu aufgehoben worden ist, so ist keine Möglichkeit vorhanden, dieser Förmlichkeit nachzukommen, so daß auch gar keine Rede davon seyn kann, wegen Mangels einer Förmlichkeit, deren Erfüllung unmöglich ist, eine Vermögensabsonderung für nichtig zu erklären. Impossibilium nulla datur obligatio. Und da der Grund der Unmöglichkeit der Erfüllung dieser Förmlichkeit nicht in den Ehefrauen, sondern in der Unterlassung der Anordnung einer solchen Gerichtstafel von Seiten der Gesetzgebung liegt, so geht die Vertheidigung der Entscheidung in Nr. 40 offenbar zu weit, wenn sie eine Beachtung der Förmlichkeit des S. 1445 verlangt. Der S. 1445 ist eine disposito lerita des Gesetzes, und da die Gesetzgebung bei Nichthandelsleuten nirgends die Veröffentlichung der Vermögensabsonderung durch Einrückung in öffentliche Blätter vorschreibt, so ist eben überhaupt von dem S. 1445 Umgang zu nehmen. Ueberdies geht sein Zweck offenbar auf Bekanntwerden der Vermögensabsonderung bei betheiligten Dritten, d. h. bei den Gläubigern der Eheleute, nun sind aber gerade bei der Gant diese Gläubiger ohnedies schon öffentlich vorgeladen, sie verhandeln die Gant, in welcher die Vermögensabsonderung vor sich geht, mit der Ehefrau, haben von der darin der Sache nach vorkommenden Vermögensabsonderung eigene Kenntniß, üben als Gläubiger der Ehefrau bei Abtretung ihres Unterpfandrechts die Rechte der abgesonderten Ehefrau nach S. 1446 gerade aus, so daß man gewiß sagen kann, daß die Oeffentlichkeit der Gant die auf Oeffentlichkeit der Vermögensabsonderung gerichtete Vorschrift des S. 1445 vertritt, und daß, wenn man je die Befolgung des S. 1445 bei irgend einer Vermögensabsonderung entbehren kann, dieses am füglichsten bei der in einer Gant vor sich gehenden Vermögensabsonderung geschieht.

Aus allem Vorstehenden scheint mir es klar und deutlich hervorzugehen, daß die in der Gant des Ehemanns geschehende Entschlagung von der Gütergemeinschaft abseiten der Ehefrau, die darauf geschehende Begründung der Liquidation ihres Beibringens und ihrer Forderungen, die Zulassung derselben und Locirung durch den Richter, und die Zutheilung des Ergebnisses durch den Massepfleger, nichts anderes ist und seyn kann, als die bei der zerrütteten Vermögenslage des Ehemanns von der Ehefrau beantragte, vom Richter ausgesprochene und wirklich vollzogene Vermögensabsonderung, und daß kein Grund vorliegt, solchen Vorgang mit einer nicht im Gesetz liegenden Nichtigkeit zu belegen, am Ende deßhalb allein, weil etwa dabei nicht das Wort Vermögensabsonderung vorgekommen ist. Nicht die Worte, sondern die Zwecke, und deren Gründe richten die Verlangen der Parteien vor dem Richter, und hierin ist es unzweifelhaft, daß eine Vermögensabsonderung, und nur eine Vermögensabsonderung verlangt, und zugelassen wird. Gerade weil die Entschlagung der Gemeinschaft nothwendigerweise die Auflösung voraussetzt, steht auch dem Gantrichter gar nichts im Wege, eine auf den Grund ihrer Entschlagung liquidirende Ehefrau zur Vervollständigung ihres Vortrags um ihre Absicht der Vermögensabsonderung zu fragen, und alsdann, da sie keine andere Absicht haben, und antworten kann, auch im Eingang des sie betreffenden Theils des Ganturtheils zu sagen: „wird nunmehr Vermögensabsonderung erkannt, und der Ehefrau ꝛc.“

Es ist dieses offenbar nur eine Verdeutlichung des Vorbringens der Ehefrau, und des Erkenntnisses des Richters, und keine Klagänderung, so daß gerade darin, daß in das seitherige Verfahren so leicht eine Sicherheit gebracht werden kann, der klarste Beweis liegt, daß der Natur und Nothwendigkeit der Sache nach das seitherige Verfahren die wirkliche Vermögensabsonderung enthielt, und solche nur unter ihre ausdrücklich ausgesprochenen Folgen verborgen hatte, welche es nicht hätte aussprechen können, wenn es sie nicht die Vermögensabsonderung selbst hätte ertheilen und zulassen wollen.

Sander.

II.

Kreisregierung zu Rastadt.

Ist zur Erhöhung des Gehalts des Gemeindeverrechners die Zustimmung der Gemeinde nothwendig?

In der Gemeinde W. war zur Zeit der Einführung der neuen Gemeindeordnung der Gemeindsverrechner auf Tan-

Digitized by Google

tiemen gestellt. Der Gemeinderath traf nun mit dem seitherigen Verrechner, welcher abermals gewählt wurde, ein Uebereinkommen auf einen fixen Gehalt von 250 fl. Es wurde jedoch versäumt, hiezu, dem §. 151, Abs. I. 7 gemäß, die Staatsgenehmigung einzuholen. Erst nach Verlauf von mehr als zwei Jahren, suchte der Gemeinderath, veranlaßt durch eine Revisionsbemerkung bei Abhör der Gemeindsrechnung, die Staatsgenehmigung nach. Zu diesem Ende war nach §. 127 der G. O. von ihm die Gemeinde vernommen worden. Diese trat aber dem Antrage des Gemeinderaths nicht bei, sondern wollte für den Verrechner einen geringern Gehalt ausgeworfen haben. Dessenungeachtet trug der Gemeinderath und mit ihm das Oberamt D. auf Genehmigung des höhern Gehaltes zu 250 fl. bei der Kreisregierung an. Diese faßte aber darauf nachstehenden Beschluß:

„Zur Festsetzung des Gehalts des Gemeinderechners zu W. auf die Summe von 250 fl. kann nach gegenwärtiger Lage der Acten die Staatsgenehmigung nicht ertheilt werden. Es fragt sich nämlich vor Allem, ob hiezu nicht die Zustimmung der Gemeinde nothwendig ist? Für die Bejahung dieser Frage spricht der §. 127, Abs. 3 der G. O., indem hiernach der §. 19 auch auf den Gemeinderechner anwendbar seyn soll, nach dieser Gesetzesstelle aber zur Umwandlung des Gehalts ein Gemeindebeschluß nothwendig wäre. Allein es ist zu erwägen, daß diese letztere Bestimmung in dem Entwurf zur G. O. nicht enthalten war, sondern erst in Folge der in der zweiten Kammer über den §. 121 des Entwurfs Statt gehabten Verhandlungen in das Gesetz aufgenommen wurde. Allein gerade diese Verhandlungen (11s Heft, S. 132 — 136) zeigen, daß ein derartiger Beschluß, wornach zur Erhöhung, Verminderung oder Umwandlung des Gehalts des Gemeinderechners auch die Zustimmung der Gemeinde röthig wäre, nicht gefaßt worden ist, ja daß nicht einmal die Sprache davon gewesen ist. Es muß daher angenommen werden, daß die angeführte Bestimmung, wornach der §. 19 auf den Gemeinderechner anwendbar seyn soll, lediglich durch ein Versehen der Redaktion in das Gesetz gekommen ist. Erwägt man nun ferner, daß nach dem gleich darauf folgenden §. 128 der Gemeinderath den Gehalt des Verrechners festzusetzen hat und daß darnach ein Beschluß der Gemeinde nur dann nothwendig ist, wenn sein Gehalt auf Tantiemen gesetzt werden soll, nicht aber auch, wenn der Gehalt fixirt, erhöhet oder vermindert werden soll, so kann nicht wohl ein Zweifel seyn, daß die Zustimmung der Gemeinde zur Festsetzung des Gehalts des Gemeinderechners hier nicht erforderlich ist. Allein, wenn auch hiernach in dem vorliegenden Fall eine Vernehmung der Gemeinde zur Regulirung des Gehalts des Gemeinderechners nicht nothwendig ist, so muß nach §. 135, Abs. 3, doch der Bürgerausschuß darüber vernommen werden. Da dieß aber bis jetzt nicht geschehen ist, so erhält das ꝛc. den Auftrag, den Gemeinderath vordersamst hiezu zu veranlassen und sodann weitere Vorlage zu machen."

Diesem Beschluß gemäß wurde nun der Bürgerausschuß vernommen. Allein die Mehrheit desselben trat dem Beschlusse des Gemeinderaths nicht bei, sondern wollte den Gehalt des Rechners auf 200 fl. festgesetzt wissen. Bei dieser Lage der Sache befanden sich nun Gemeinderath und Verrechner einigermaßen in Verlegenheit. Letzterer verlangte, wenn der Beschluß des Gemeinderaths nicht aufrecht erhalten werden könne, die Berechnung seines Gehalts, wie früher, nach Tantiemen. Das Oberamt sprach bei der Vorlage an die Regierung die Ansicht aus, daß die Staatsgenehmigung nur für die von der Majorität des Bürgerausschusses angetragene Summe von 200 fl. ertheilt werden könne. Demselben wurde aber hierauf erwiedert:

„Der Gehalt des Gemeinderechners zu W. bestund früher in Tantiemen. Dabei mußte es so lange sein Verbleiben behalten, bis auf gesetzlichem Wege ein anderer Gehalt an dessen Stelle gesetzt ward. Der Gemeinderath bewilligte nun zwar gedachtem Verrechner einen Gehalt von 250 fl., womit dieser auch sich zufrieden erklärte. Da aber der Bürgerausschuß seine Zustimmung verweigert und eine Vernehmung der Gemeinde bei dieser abweichenden Meinung des Gemeinderaths und Bürgerausschusses nicht angemessen erscheint, da sich dieselbe früher schon über diesen Gegenstand ausgesprochen, diesem Gemeindebeschluß jedoch die Staatsgenehmigung nicht ertheilt worden ist, auch bei dem hier vorliegenden Widerspruch des Gemeinderechners für das Verflossene nicht ertheilt werden kann, sohin ein gültiger Beschluß zur Umwandlung des fraglichen Gehalts nicht vorhanden ist, so muß es bei dem frühern in Tantiemen bestehenden Gehalt dieses Rechners sein Verbleiben behalten."

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe den 12. November 1836.

I.

Bemerkungen zu den in Nr. 38 dieses Jahrgangs der Annalen mitgetheilten oberhofgerichtlichen Urtheilen, zum Zweck der Widerlegung des Satzes, daß die Notariatsordnung noch gültiges Gesetz für die Amtsrevisoratsurkunden seie.

Ueber das Fortbestehen der Entschädigungsquart des unschuldig geschiedenen Ehegatten aus der Eheordnung neben dem Landrecht habe ich schon einmal in den Annalen meine entgegengesetzte Meinung zu erkennen gegeben, und will daher über die zwei widersprechenden Meinungen und Urtheile des Oberhofgerichts um so weniger etwas äußern, als die Vergleichung beider Urtheile alsbald zeigt, daß das erste, die Quart verwerfende Urtheil offenbar besser begründet ist, denn das andere, um einen Tag spätere. Aber die Bemerkung kann ich doch nicht unterdrücken, daß es etwas auffallend erscheint, wie das Oberhofgericht dem Justizministerium im zweiten Rechtsfall Nr. 9 den Vorwurf der Uneinigkeit mit sich selbst, wegen angeblich widersprechender Verfügungen, machen will, wo es selbst eine und die nämliche Frage im Verlauf von zwei Tagen entgegengesetzt entscheidet. Das heißt doch wahrlich, im Andern den Splitter entdecken und den eigenen Balken im Auge nicht erblicken.

Bei weitem wichtiger, und auf das Tiefste eingreifend in den ganzen Rechtszustand des Landes, ist aber die Entscheidung hinsichtlich der Vernichtung des Ehevertrags wegen Mangels zweier Zeugen, und sie erfordert in ihrer unglückschwangern, folgeschweren Begründung eine sorgfältige Betrachtung.

Irre ich mich nicht, so ist die Begründung der getroffenen Entscheidung in die Sätze zusammenzufassen.

1) Die Notariatsordnung mit ihrem Nachtrag bildet für die Erfordernisse aller öffentlichen Staatsschreibereiurkunden das noch geltende Gesetz. Entscheidungsgrund 8 a. d. f. g.

2) An diese Erfordernisse sind die jetzigen Staatsschreiber (Amtsrevisoren und Theilungscommissäre) bei Errichtung ihrer öffentlichen Urkunden gebunden 8 b. d. e. f.

3) Wo das Landrecht für einseitige oder zweiseitige Willenserklärungen besondere Formen vorschreibt, hebt es die in der Notariatsordnung und ihrem Nachtrag enthaltenen Förmlichkeiten dieser Rechtsgeschäfte nicht auf, sondern neben ihnen sind nur noch die Förmlichkeiten des Landrechts mit zu beobachten. 8 g.

4) Wo die Notariatsordnung mit ihrem Nachtrag gewisse Förmlichkeiten erwähnt, von denen sie sagt, daß eine vom Staatsschreiber verfaßte Urkunde solche enthalten *muß*, da ist dieses eine vom Gesetz als nothwendig bezeichnete Förmlichkeit, bei deren Nichtbeobachtung das Rechtsgeschäft nach L. R. S. 6 k. für durchaus nichtig erklärt werden muß. 10.

Diese vier Sätze sind den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen beinahe wörtlich entnommen, und aus ihnen folgt unmittelbar und unzweifelhaft, daß alle unsere öffentlichen Staatsschreibereiurkunden, sie mögen Namen haben und Rechtsverhältnisse betreffen, welche sie wollen, so wie sie seit 1800 abgefaßt wurden, und so wie sie heute noch abgefaßt werden, *durchaus nichtig* sind. Da aber hinwiederum gerade auf die öffentlichen Urkunden die wichtigsten Rechtsgeschäfte gebaut werden, und da die Gesetzgebung ihre Sicherstellung gerade in die Nothwendigkeit einer *öffentlichen* Urkunde gelegt hat, so folgt aus der durchgreifenden Nichtigkeit aller öffentlichen Urkunden, daß auch alle darauf gebauten Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse vernichtet, aufgelöst sind, und daß also, da auf der Sicherstellung der öffentlichen Urkunden der ganze Rechtsverkehr im Lande selbst gebaut ist, *gar keine Rechtssicherheit* im Lande besteht. Es wird nicht leicht irgend Jemand im Lande seyn, der etwas besitzt, und der es nicht auf eine oder die andere öffentliche Urkunde, Testament, Erbtheilungsurkunde, Schenkung, Heirathsvertrag, Pfandurkunde ꝛc. stützt, und wenn nun alle diese Urkunden *durchaus nichtig* sind, so mag man wohl mit Recht behaupten, daß keine Rechtskeine Vermögenssicherheit im Lande besteht. Ich verkenne zwar nicht die Schwere dieser Folgerungen, allein sie liegen so nahe an der Hand, daß sie sich von selbst aus der getroffenen Entscheidung darbieten, und sie müssen ausge-

Digitized by Google

sprochen werden, damit man wisse, wohin der einmal betretene Weg führet, und damit man in Bälde die Maßregeln ergreife, welche ein so trostloser Rechtszustand dringend gebietet. Daß aber diese Folgerungen richtig sind, ergiebt sich aus dem einfachen Satz, der in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen liegt, daß alle Staatsschreibereiurkunden die in der Notariatsordnung mit einem Muß eingesetzten Erfordernisse haben müssen, widrigenfalls die Urkunden mit den darin enthaltenen Rechtsgeschäften durchaus nichtig sind. Nun sind aber, neben vielen andern, in der Notariatsordnung mit Muß bezeichneten Erfordernissen im nämlichen Satz des §. 16 der Notariatsordnung, auf welchen hin die Nichtigkeit des Heirathsvertrags hier ausgesprochen wurde, und unter einem und eben demselben Muß die Erfordernisse vorgeschrieben, daß die Urkunde am Schluß enthalten müsse:

1) Wem und wo sie vorgelesen wurde;

2) die Nachricht, ob die Urkunde auf Verlangen einfach oder mehefach, und wie vielfach ausgefertigt worden ist;

3) die Unterschrift der Zeugen;

4) die Besieglung mit dem Staatsschreibereisiegel,

und nimmt man diese vier mit einem Muß angeforderten, also bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden, Förmlichkeiten, und wendet sie auf unsere öffentlichen Urkunden an, so werden ihnen allen eine oder die andere, meistens mehrere, nicht selten alle fehlen.

Die öffentlichen Testamente enthalten nicht die Erwähnung der Doppelschriften, wodurch der L. R. S. 1325 auch auf öffentliche Urkunden ausgedehnt wird, nicht die ausdrückliche Erwähnung des Orts des Vorlesens, so wie nicht die Besieglung mit dem Staatsschreibereisiegel, und da noch dazu der §. 41 der Notariatsordnung die Besieglung durch zwei Zeugen, die unitas actus, und das Mitbringen zweier der Zeugen durch den Staatsschreiber unter einem Muß anfordert, so sind alle seither nach dem Landrecht gefertigten öffentlichen Testamente durchaus nichtig. Den Schenkungsurkunden, Vermögensübergaben, Verpfründungsverträgen fehlen die Amtsrevisoratssiegel, die Erwähnung des Vorlesens und des Orts des Vorlesens, so wie der Doppelschriften; den öffentlichen Erbinventarien und Theilzetteln fehlen noch dazu die Zeugen, so daß alle diese Urkunden mit den dadurch bezeugten Rechtsgeschäften nichtig, demnach alle öffentlichen Erbtheilungen umstoßbar sind. Den Heirathsverträgen fehlen hie und da die Zeugen, jedenfalls die Amtsrevisoratssiegel, und die Erwähnung des Vorlesens, so wie der Doppelschriften, so daß nicht nur der hier vernichtete, sondern jeder Heirathsvertrag nichtig ist, indem ihnen allen eines oder das andere der Erfordernisse des §. 16 der Notariatsordnung mangelt. Den Pfandurkunden fehlen die Zeugen, und wenn man sich deßhalb auf das II. Einführungsedikt Nr. 26 berufen will, so sind darin nur die nach L. R. S. 2127 nöthigen Zeugen, nicht aber die nach §. 16 der Notariatsordnung erfoderlichen, aufgehoben. Jedenfalls fehlt ihnen die Erwähnung des Vorlesens und der Doppelschriften, und daß sie auf den von der obersten Justizbehörde ausgegebenen Formularien beruhen, kann sie vor ihrer Vernichtung, nach §. 18 der Notariatsordnung, nicht retten, weil die Anordnungen des Justizministeriums die gesetzlichen Vorschriften der Notariatsordnung nicht aufheben können. Das Formular zu Pfandurkunden ist null und nichtig. Den vor dem Amtsrevisorat gefertigten Kaufurkunden, so wie allen sonstigen Urkunden über Verträge fehlen aber die Zeugen, so wie die andern Erfordernisse des §. 16 der Notariatsordnung, und da nunmehr nur aus den Erfordernissen des §. 16 der Notariatsordnung die unbestreitbare Nichtigkeit aller Testamente, Schenkungen, Vermögensübergaben, Verpfründungsverträge, Erbverzeichnisse und Theilungen, Heirathsverträge, Pfandurkunden, Kaufurkunden und aller übrigen Staatsschreibereiurkunden über Verträge nach den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen dargethan ist, so darf man wohl behaupten, daß bei der gar nicht zu bezweifelnden Begründung des Vermögens aller Bürger auf diese Urkunden alle Rechts- und Vermögenssicherheit schlechthin aufgehoben ist, und daß kein Bürger in Baden lebt, der jetzt sagen kann, daß er etwas Sicheres hat und Sicheres besitzt. Nichts ist in unserm bürgerlichen Rechtsstand jetzt sicher, als daß er unsicher ist.

Was kann man dagegen anführen? Daß es sich ja in der Entscheidung nur von Heirathsverträgen handle! Es wäre schon das genug, wenn nur alle Heirathsverträge nichtig wären. Allein da alle oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe ganz allgemein von den vor den Staatsschreibern errichteten Rechtsgeschäften sprechen, überdieß aber durch die Verordnung vom 27. Mai 1812, gerade bezüglich der Heirathsverträge, die Notariatsordnung außer Anwendung gesetzt worden ist, so ist die allgemeine Anwendung der Notaritsordnung auf andere Rechtsgeschäfte nur noch mehr anzunehmen.

Daß es sich nur von dem Mangel der Zeugen handle! Es müßten schon genug und übergenug öffentliche Urkunden wegen dieses Mangels für nichtig erklärt werden. Allein weder die Entscheidungsgründe, noch die Notariatsordnung selbst sprechen von einer Beschränkung der Förmlichkeiten der Urkunden auf den alleinigen Beizug von Zeugen, und da gerade der die Unterschrift der Zeugen erwähnende §. 16 der Notariatsordnung unter einem und eben demselben Muß noch der andern oben genannten Förmlichkeiten mit erwähnt, so muß man deren gleichfallsige Mitbeachtung um so mehr noch annehmen, als ja unser Landrecht durch Beschränkung des Zeugenbeweises, und durch das Verbot der Aussagen von Zeugen über und gegen Urkunden, des Beizugs von

Digitized by Google

Zeugen zu Urkunden um so leichter entbehren kann, und als unsere Partikulargesetzgebung durch ausdrückliche Abschaffung der im L. R. S. 2127 zu Pfandurkunden erforderten Zeugen im §. 26 des II. Einführungsedikts genugsam zu erkennen gegeben hat, daß sie auf den Beizug von Zeugen zu öffentlichen Urkunden nichts hält. Die im §. 16 erwähnten weitern Förmlichkeiten sind in so fern noch wichtiger, als sie, wie die Erwähnung der Doppelschriften und Beidrückung der Siegel, auf Sicherstellung der Urkunden vor Verfälschung, und wie das Vorlesen auf Sicherstellung der Einwilligung der Parteien gehen.

Daß nur ein Fall nach seinen besondern thatsächlichen und sonstigen Vorkommenheiten entschieden worden seie! Allerdings mögen die thatsächlichen und sonstigen Verhältnisse eines Rechtsstreits einen mehr oder mindern Einfluß auf seine Entscheidung haben. Allein hier sind die Entscheidungsgründe ganz allgemein gefaßt, und stellen sich durch Anwendung des straken Grundsatzes der bei dem Muß durchaus bestehenden Nichtigkeit, und durch die daraus folgende Ausschließung des richterlichen Ermessens, auf die höchste Stufe der unbedingtesten Anwendbarkeit für alle ähnliche Fälle. Ueberdieß war der Fall bei seinem bedeutenden Streitgegenstand von mehrern 100,000 fl. sehr wichtig, und setzt also ein genaues Abwägen der Ursachen und Gründe seiner Enscheidung voraus, und bedenkt man noch, daß bei Nichtigkeitserklärung des Heirathsvertrags der als unschuldig geschiedene Ehegatte mit seinem als schuldig geschiedenen Ehetheil sein eigenthümliches, von ihm herkommendes Fahrnißvermögen von mehrern 100,000 fl. bei der angeblich eintreten sollenden Gütergemeinschaft theilen soll, kennt man insbesondere die persönlichen Verhältnisse und Eigenschaften der streitenden Parteien, und die Ursachen der Ehescheidung, so wie sie das Oberhofgericht selbst aus dem auch vor ihm geführten Ehescheidungsprozeß hat kennen lernen, so kann man sich gar keinen Fall denken, wo die thatsächlichen Verhältnisse und sonstigen Umstände mehr für die Aufrechthaltung des Ehevertrags sprachen, und wenn er hier für nichtig erklärt wurde, so kann man gar nicht zweifeln, daß alle sonstigen öffentlichen Urkunden noch um viel weniger nicht aufrecht erhalten werden.

Daß der §. 16 der Notariatsordnung von Urkunden spreche, welche erst aus den Protokollen der Notäre gefertigt wurden, was jetzt bei den Staatsschreibereiurkunden nicht mehr geschehe! Allein auch der Heirathsvertrag ist eine nicht nach der Art und Weise des §. 16 der Notariatsordnung erst aus den Protokollen, sondern eine alsbald vom Staatsschreiber verfaßte öffentliche Urkunde, und wenn auf sie der §. 16 der Notariatsordnung, bezüglich der Zeugen, angewendet wurde, so ist er mit allen seinen Förmlichkeiten noch um so mehr für alle andern öffentlichen Staatsschreibereiurkunden anwendbar, als ja nach dem Entscheidungsgrund 8 g., der Verschiedenheit der Formen der Urkunden nach, dem Landrecht und der Notariatsordnung nur die freilich auffallende Wirkung beigelegt wird, daß eben beiderlei Formen zu beobachten sind, und der Staatsschreiber also, da ihm ein sonstiges Gesetz fehlt, auch die getroffene Entscheidung ihm dazu keinen Weg zeigt, eben selbst sehen muß, wie er die beiderlei Formen des Landrechts und der Notariatsordnung vereinigt.

Nachdem hiernach die Richtigkeit und Nothwendigkeit der oben aufgestellten Folgerungen aus der getroffenen Entscheidung gar nicht zu bezweifeln ist, so fragt sich, ob denn die Entscheidung selbst richtig und gesetzgemäß ist, und hier läßt sich denn schon gerade aus ihrer Folgerung der gänzlichen Vernichtung aller öffentlichen Staatsschreibereiurkunden, und der daraus wider entspringenden Auflösung des ganzen Privatrechtsstandes im Lande, behaupten, daß sie nicht richtig seyn könne, was denn auch der Fall ist.

Vor allen Dingen ist nämlich der Satz: daß da, wo der Gesetzgeber eine Vorschrift unter einem Muß ertheile, die Verletzung dieser Vorschrift eine durchaus bestehende Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts mit sich führe, durchaus unrichtig, und mit Umwerfung dieses Satzes, der die verwundende, unheilvolle Spitze der ganzen Entscheidung bildet, wird auch die Entscheidung selbst über den Haufen geworfen. Jede von dem Richter auszusprechende Nichtigkeit irgend einer Rechtsvorkommenheit muß auf eine, diese Nichtigkeit vorschreibende, oder in sich führende Vorschrift des Gesetzes gegründet seyn, und jede ausdehnende Erklärung eines Nichtigkeiten einführenden Gesetzes widerstrebt den ersten Grundsätzen des Rechts. Toullier VII. Nr. 482. — Wenn nun der L. R. S. 6 k. seine Vorschrift der durchgehenden Nichtigkeit für den Fall allein ertheilt, wo auf die Nichtbeobachtung ausdrücklich die Nichtigkeit gesetzt, oder das Versaheen für eine nothwendige Förmlichkeit erklärt ist, alle andern Fälle der Nichtigkeit aus einem Gesetz aber in das richterliche Ermessen stellt, so kann also die durchgehende, das richterliche Ermessen ausschließende Nichtigkeit nur da ausgesprochen werden, wo der Gesetzgeber ausdrücklich, das ist in bestimmten Worten, etwas für nichtig erklärt, wie z. B. in L. R. S. 931, 1001, oder wo er etwas als nothwendig anfordert, wie z. B. L. R. S. 460, und da sich nun nicht sagen läßt, daß da, wo der Gesetzgeber von einem Muß spricht, er etwas ausdrücklich nichtig, oder als nothwendig erklärt habe, so läßt sich bei der beschränkend auszulegenden und vom Gesetzgeber selbst auf zwei Fälle beschränkten durchgehenden Nichtigkeit keineswegs behaupten, daß dazu auch noch der Fall zu zählen seie, wo der Gesetzgeber von einem Muß spreche, denn sonst kann man auch noch den Fall dazu rechnen, wo er von einem Soll spricht. Wollte man auch

Digitized by Google

für die beiden im S. 6 k. erwähnten Fälle der nothwendig auszusprechenden durchgehenden Nichtigkeit noch andere Fälle als gleichgeltend annehmen, so würde dieses im richterlichen Ermessen stehen, und während der Gesetzgeber gerade bei der durchgehenden Nichtigkeit das richterliche Ermessen ausschließen will, so würde man bei einer noch auf andere Fälle auszudehnenden, den im Gesetz benannten zwei Fällen gleichzustellenden, durchgehenden Nichtigkeit in den logischen Unsinn fallen, daß man sagen müßte, es liege im richterlichen Ermessen, die Fälle zu bestimmen, wo das richterliche Ermessen nicht eintreten dürfe, sondern eine durchgehende Nichtigkeit Platz greifen müsse. Unser Landrecht zeigt aber auf jeder Seite ein Muß, und wollte man alle die damit bekleideten Rechtsvorkommenheiten als durchgehends nichtig dann erklären, wenn das Muß verletzt worden ist, so könnte man im Rechtsverkehr keinen Schritt vor lauter Nichtigkeiten thun. Aus dem S. 420 a. (obschon er aufgehoben ist), aus dem S. 460 ist klar ersichtlich, daß der Gesetzgeber dem Muß nicht die Folge der durchgehenden Nichtigkeit beigelegt hat, weil er sonst nicht in die Tautologie gefallen wäre, das Nothwendig beizusetzen. Eben so wechselt in den S. 970 folgd., hinsichtlich der Testamentsformen, das Muß mit dem Soll, und das Soll mit dem Hat und das Hat mit dem Ist, ohne daß man auch nur eine Vermuthung finden kann, daß zwischen den damit bekleideten Vorschriften ein Unterschied in der Nichtigkeit bestehe, welche nach S. 1001 auf die Verletzung einer jeden ausdrücklich gesetzt ist, und welche auf die Verletzung der mit Muß bekleideten Vorschriften nicht mehr zu setzen nothwendig gewesen wäre. Offenbar ist das Wort Muß in der Gesetzessprache nichts anders, als der Imperativ des Gesetzgebers, daß etwas zu geschehen habe; die Verletzung desselben kann eine Nichtigkeit herbeiführen, allein eine durchgehende, nothwendige Nichtigkeit ist davon nicht die Folge, und daß bei einer mit einem Muß vorgeschriebenen Form einer Urkunde in deren Verletzung noch sogar das dadurch bezeugte Rechtsgeschäft als durchaus nichtig aufgehoben werden muß, das hätte das Oberhofgericht wohl um so weniger thun und aussprechen sollen, als ihm doch schon Hunderte von Beispielen vorgekommen seyn müssen, wo es solches nicht gethan hat. Wem ist es denn auch wohl jemals eingefallen, daß in dem Fall, wo eine Urkunde nicht nach dem Muß des L. R. S. 1326 gefertigt war, nunmehr eine Nichtigkeit der darin bezeugten Forderung auch dann ausgesprochen werden mußte, wo der Beklagte die Forderung eingestanden hat? Hat jemals Jemand behauptet, daß eine nicht nach dem Muß des L. R. S. 793 eingerichtete, aber doch geschehene Annahme der Erbschaft sub beneficio inventarii durchaus nichtig sei? Der Gebrauch des Wortes Muß in der Notariatsordnung ist aber als bloßer Imperativ des Gesetzes ganz der gleiche, wie im Landrecht, denn sonst käme man mit der angeblichen durchgehenden Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auf die sonderbare Folge, daß nach §. 27 der Notariatsordnung jede Amtsverrichtung des Staatsschreibers, wobei man ihm eine Grobheit gemacht hat, durchaus nichtig wäre, weil man sich nach diesem §. gegen ihn höflich betragen muß. Es wäre dieses ein bequemes Mittel für Intestaterben, alle sie ausschließende Testamente ohne weiters zu vernichten, und es liegt darin wohl der offenbarste Beweis, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht hat, seinem Muß die nothwendige durchgehende Folgerung der Nichtigkeit einzuverleiben. Die Behauptung, daß das Muß eines Gesetzes als gleichbedeutend mit der ausdrücklichen Androhung der Nichtigkeit, oder mit der Setzung einer Form als nothwendig, eine durchgehende nothwendige Nichtigkeit mit sich führe, ist daher ein unwahrer Rechtssatz, und indem diese Behauptung die verletzende Spitze des Urtheils bildet, beruht das Urtheil selbst auf einem unwahren Rechtssatz.

Allein selbst die hiernach einen Schritt weiter gehende Meinung, daß es überhaupt bei Staatsschreibereiurkunden über bürgerliche Rechtsgeschäfte auf die Notariatsordnung ankomme, und nur der Richter zu ermessen habe, ob die Nichtbeobachtung der Formen der Notariatsordnung eine Nichtigkeit nach sich ziehe, nehme ich nicht an, und jedenfalls wäre für die Sicherheit des Rechtsstandes wenig damit gewonnen, denn bei der Mannigfaltigkeit der Formen der Notariatsordnung, und ihrem, immerhin dann nicht durch ein besonderes Gesetz geregelten, Verhältniß zu den Formen des Landrechts, hätte das Ermessen des Richters keine bestimmte Richtschnur, und würde nothwendigerweise in die barste Willkühr ausarten, daß der Eine auf diese Formverletzung die Nichtigkeit setzt, während der Andere sie läugnet, dagegen jenem Formmangel die Nichtigkeit folgert, wovon der Andere nichts wissen will. Dadurch würde im ganzen Land die größte Rechtsunsicherheit erzweckt, denn, wenn der Rechtsverkehr gerade in den wichtigsten Rechtsverhältnissen gesichert seyn soll, so müssen die Formen der öffentlichen Urkunden sicher und gewiß seyn, weil auf sie, auf ihren Inhalt, die wichtigsten Rechtsgeschäfte, der ganze Rechtsstand des Landes im Mein und Dein gebaut ist.

Man wird nun vor allen Dingen zugeben müssen, daß die Notariatsordnung, als ein specielles Gesetz, auf jene Rechtsvorkommenheiten zu beschränken ist, für welche sie ertheilt wurde. Sucht man sodann nach diesen Rechtsvorkommenheiten, so giebt darüber der §. 7, 10 der Notariatsordnung die ganz bestimmte Auskunft, daß der Gegenstand der Notariatsordnung bloße Beurkundung, d. h. Darlegung eines sichern und öffentlichen Beweises über einen gewissen Vorgang ist, und daß nichts hineingezogen werden

Digitized by Google

darf, was eine vorgängige Untersuchung der Umstände, eine Erklärung der einschlagenden Rechtsverhältnisse, oder sonst eine Dazwischenkunft des obrigkeitlichen Amts erfordert. Das Landrecht kennt aber in den, den Staatsschreibern übertragenen Rechtsvorkommenheiten, keine bloße, auf die alleinige Anhörung und deren Beurkundung beschränkte Amtsthätigkeit der Staatsschreiber, sondern überträgt den Staatsschreibern die gesetzmäßige Verfertigung und amtsthätige Abfassung der Willenserklärungen, weßhalb auch die Gesetzgebung gerade in dem Nachtrag zu der Notariatsordnung vom Jahr 1809 selbst diesen Unterschied dadurch macht, daß sie dorten in dem Eingang und im §. 7 sagt, daß sich der Geschäftskreis der Staatsschreiber nicht mehr auf die bloße Beurkundung beschränke, sondern sich auch auf die gesetzmäßige schriftliche Entwerfung des Willens der Parteien erweitere. Sollen dahrr die Vorschriften der Notariatsordnung, die bloßen Beurkundungsformen derselben, auch auf den weitern Geschäftskreis der Staatsschreiber, auf die gesetzmäßige Verfassung der Willenserklärungen, ausgedehnt und angewendet werden, so muß man nachweisen, daß die Gesetzgebung diese Ausdehnung und Anwendung ausdrücklich vorgeschrieben hat, weil sonsten die speciellen Vorschriften der Notariatsordnung für die bloße Beurkundung immerhin auf diesen speciellen Geschäftskreis eingeschränkt bleiben. Man behauptet nun, daß dieses gerade im Nachtrag zur Notariatsordnung den 20. Mai 1809 geschehen seie, allein das ist sehr zu bestreiten. Betrachtet man nämlich den Eingang des Nachtrags, und insbesondere den §. 7, so wird dorten der Gegenstand der Notariatsordnung, die bloße Beurkundung, keineswegs mit dem Gegenstand des Landrechts, gesetzmäßige Abfassung der Willenserklärungen, in eines zusammengeworfen, und zu einem neuen selbstständigen Amtsgeschäft vereinigt, sondern es wird vielmehr ausdrücklich gesagt, daß den Staatsschreibern die Befugniß der bloßen Beurkundung durchaus in ihrem vorigen Umfang verbleibe, und ihnen nur noch zugleich das weitere Geschäft der Vertragsabfassung zustehe, was aber, durch Bestehenbleiben des Geschäftskreises der bloßen Beurkundung in seinem vorigen Umfang, gerade davon getrennt bleibt. Es frägt sich also immer wieder, was denn die Vorschriften füe diese neue, aus dem Landrecht entstandene Geschäftsthätigkeit sind, und da nun der §. 7 ausdrücklich besagt, daß die neue Amtspflicht, die Verfertigung aller Aufsätze über einseitige und zweiseitige Willenserklärungen, nach der durch die landrechtliche neue Gesetzgebung vorgeschriebenen Form zu geschehen habe, so ist ja gerade ausdrücklich vorgeschrieben, daß sich der neue Geschäftskreis der Staatsschreiber nach dem Landrecht, nach den Formen des Landrechts und nicht nach jenen der Notariatsordnung zu richten habe. Nach §. 1, 2 des Nachtrags haben sich die Staatsschreiber bei gewissen, an Bezirke gebundenen Geschäften lediglich an die für dieselben vorgeschriebene Form zu binden, und da nach §. 41 des Nachtrags dieses lauter Geschäfte der neuen Amtspflicht, Fertigungen von Rechtsgeschäften nach dem Landrechte sind, so ist ausdrücklich im Nachtrag der Notariatsordnung vorgeschrieben, daß dafür nur und allein die Formen des Landrechts gelten. Zwar wird dagegen in dem Entscheidungsgrund 8 g. behauptet, daß aus der Verschiedenheit der Vorschriften des Landrechts und der Notariatsordnung nur folge, daß der Staatsschreiber eben beiderlei Vorschriften zu beobachten habe, allein es ist dieses um so unrichtiger, als ja schon für die Vorschriften der Notariatsordnung, selbst in der Erläuterung vom 26. Febr. 1807, Reg. Blt. Nr. VI., anerkannt ist, daß die Notariatsordnung keinerlei Formen der in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung vorkommenden Rechtsgeschäfte berühre, oder gar verändere. Wenn sonach für die Rechtsgeschäfte des frühern Rechts die Ansicht herrschte, daß solche nicht von der Notariatsordnung in ihren Formen ergriffen wurden, so muß man es um so mehr als eine unrichtige Behauptung erklären, daß die landrechtlichen Formen der Rechtsgeschäfte durch die Notariatsordnung ergriffen und verändert wurden, als ja die Notariatsordnung vom Jahr 1806 dafür überhaupt keine Vorschriften ertheilen konnte, und der Nachtrag vom Jahr 1809 überall nur von der durch unsere neue Gesetzgebung eingeführten Form bei dergleichen Rechtsgeschäften spricht.

Es läßt sich sonach die getroffene Entscheidung nicht einmal nach den Bestimmungen des Nachtrags der Notariatsordnung vertheidigen, sie läßt sich aber noch weniger rechtfertigen, wenn man die dem Nachtrag spätern Gesetze über das subjective und objective Staatsschreibereiwesen näher untersucht und richtiger erörtet, als hier geschehen ist.

Wenn es sich davon handelt, welche Vorschriften die jetzigen Staatsschreiber in ihrer Amtsthätigkeit zu befolgen haben, so muß man vor allen Dingen sicher stellen, durch welche Gesetze die Staatsschreiber in ihrer jetzigen Organisation als Behörde niedergesetzt worden sind, weil sich aus diesen Gesetzen alsdann am meisten beurtheilen läßt, welche Vorschriften sie bei ihrem dadurch subjectiv festgestellten Amt objectiv in ihrer Amtsthätigkeit zu befolgen haben. Es ist nun richtig, daß der Nachtrag zur Notariatsordnung das Staatsschreibereirecht der Notariatsordnung noch vielen andern Personen, als den eigentlichen Notären, ertheilte, und daß er das Staatsschreibereirecht der Notariatsordnung, die bloße Beurkundung, durch Ausdehnung seiner Amtsgewalt auf die gesetzmäßige Fertigung der Willenserklärung objectiv erweiterte. Durch diese Ausdehnung wurde aber die Staatsschreiberei selbst zu einer öffentlichen Amtsbehörde der willkührlichen Gerichtsbarkeit erhoben, was dee Staatsschreiber nach der reinen Notariatsordnung vom Jahr 1806 nicht war. Der §. 7 des Nachtrags zur Notariatsordnung, in Vergleich mit dem §. 7 der Notariatsordnung selbst, erkennt dieses ausdrücklich an. Im spätern Organisationsedikt vom 26. Nov. 1809 werden aber die Amtsrevisorate neben denen ihnen in dieser Beziehung vorgesetzten Aemtern in Beilage lit. C. II. als die Behörden der willkührlichen Gerichtsbarkeit, insbesondere hin-

Digitized by Google

sichtlich der Ausfertigung der Verträge, benannt und eingesetzt. Demnach, Beil. lit. c. I. §. 20, ist es gar keinem Zweifel unterworfen, daß die Fertigung der Kontracte zur willkührlichen Gerichtsbarkeit gehört, indem solches daraus folgt, daß es den Aemtern zur Pflicht gemacht wird, die vom Amtsrevisorat verfaßten Kontracte zu durchgehen, und daß nach Beil. lit. c. II. §. 32 die Amtsrevisorate gerade hinsichtlich der §. 39, 1 ihnen übertragenen Amtspflicht der Fertigung der Verträge den Aemtern, als Behörden der willkührlichen Gerichtsbarkeit, unterstellt werden. Nach §. 16 des Organisationsedikts sind aber alle im Organisationsedikt nicht benannten, frühern, mit den je gleichen Geschäften beauftragt gewesenen Stellen aufgelöst, und ebenso sind nach §. 17 des Organisationsedikts alle ihm und seinen Beilagen zuwiderlaufenden Verordnungen und Gesetze aufgehoben worden, so daß also von dem frühern Nachtrag zur Notariatsordnung, in so weit er andern Personen das Staatsschreibereirecht in Beziehung auf die willkührliche Gerichtsbarkeit mittelst gesetzmäßiger Verfertigung und Abfassung von Verträgen überträgt, um so weniger eine Rede seyn kann, als die Verfertigung solcher Verträge deßhalb den Amtsrevisoraten ausschließlich übertragen wurde, weil dabei nicht, wie in Beil. lit. c. II. §. 39 b. bei den Testamenten, auch noch der Ausfertigung derselben von Andern erwähnt worden ist. Im gleichfalls spätern II. Einführungsedikt zum Landrecht wurden eben deßhalb bezüglich der nach dem Landrecht den Staatsschreibern zugewiesenen Geschäfte die Amtsrevisoren mit ihren Theilungscommissarien zu Staatsschreibern ernannt, und da nun dabei des Nachtrags vom Jahr 1809 nirgends Erwähnung geschah, vielmehr den Notären nur ausnahmsweise die nach der Notariatsordnung vom Jahr 1806 zu besorgenden Geschäfte (der bloßen Beurkundung) fernerhin belassen wurden, so folgt daraus ganz unzweifelhaft, daß die Amtsrevisoren mit ihren Theilungscommissarien, bezüglich der gesetzmäßigen Verfertigung der Willenserklärungen der Parteien, in subjectiver Beziehung lediglich nur zufolge des Organisationsedikts vom 26. Nov. 1809, und des II. Einführungsedikts §. 7, nicht aber zufolge des Nachtrags zur Notariatsordnung vom 20. Mai 1809, das Staatsschreibereirecht ausüben.

Daraus ergeben sich aber in objectiver Hinsicht die wichtigsten, die oberhofgerichtliche Entscheidung unzweifelhaft über den Haufen werfenden Folgerungen. Denn da der §. 7 des II. Einführungsedikts den Amtsrevisoren, als Staatsschreibern, die nach dem Landrecht zugewiesenen Geschäfte zutheilt, dabei aber des Nachtrags vom Jahr 1809 nicht erwähnt, so ist den Amtsrevisoren bei diesen landrechtlichen Geschäften nur die Form des Landrechts vorgeschrieben, und da die Notariatsordnung ausnahmsweise nur für die nach ihrer Publikation vom Jahr 1806 darin enthaltenen Geschäfte aufrecht erhalten ist, so ist sie nur für diesen Geschäftskreis der Notäre, den der bloßen Beurkundung, als fernerhin bestehend erklärt, keineswegs aber für die selbstständige, aus dem Amt der willkührlichen Gerichtsbarkeit abfließende, gesetzmäßige Verfertigung der Willenserklärungen der Bürger aufrecht erhalten, welche sich nach dem Nachtrag der Notariatsordnung selbst erst aus der neuen landrechtlichen Gesetzgebung ableitete, und welche durch Beschränkung der Notariatsordnung auf ihre Publikation vom Jahr 1806, und durch die darin liegende Zurücknahme des Nachtrags vom Jahr 1809 allein den Vorschriften des Landrechts unterstellt. Es wird dieses auch aus ganz allgemeinen Betrachtungen bestätigt. Man wird nämlich zugeben müssen, daß das Landrecht für die in ihm vorkommenden Rechtsgeschäfte bestimmte Formen enthält, und daß es darin eben so gut Gesetzeskraft besitzt, als wie in Bestimmung der innern Eigenschaften der Rechtsgeschäfte. Enthält nun die Notariatsordnung darüber keine Bestimmungen, so kann sie überhaupt nicht in Betracht kommen, enthält sie aber andere Bestimmungen, so ist sie im §. 17 und 18 des I. Einführungsedikts nicht aufrecht erhalten, und hätte man sie durch den spätern Nachtrag vom 20. Mai 1809 beibehalten wollen, so hat wieder der spätere §. 3 des II. Einführungsedikts alle dem Landrecht zuwiderlaufenden Land- und Stadtrechte aufgehoben, und da der §. 7 des II. Einführungsedikts nur von einer Aufrechthaltung der Notariatsordnung nach ihrer Publikation vom Jahr 1806 spricht, also nur von der bloßen Beurkundung, als dem alleinigen Gegenstand der Publikation der Notariatsordnung im Jahr 1806, verstanden werden darf, so kann es eben von allen Seiten nicht beanstandet werden, daß hinsichtlich der Fertigung der Verträge und Willenserklärungen der Bürger durch die jetzigen Staatsschreiber von einer Beobachtung der Formen der Notariatsordnung vom Jahr 1806 überall keine Rede seyn kann. Selbst wenn man bei dem Nachtrag zur Notariatsordnung für die Fertigung der Verträge durch die Staatsschreiber eine Hereinziehung der Formen der Notariatsordnung beabsichtigte, was aber nach der weiter oben enthaltenen Ausführung nicht einmal der Fall ist, so ist man eben insbesondere im II. Einführungsedikt wieder davon zurückgekommen, was für Den gar nichts Auffallendes hat, der da weiß, daß man in der Zeit vom I. Einführungsedikt bis zum II. Einführungsedikt seine An- und Absichten hinsichtlich der Aufnahme des Code Napoleon als Landrecht bedeutend änderte. Daß endlich die Aufhebung des Nachtrags zur Notariatsordnung, bezüglich der darin enthaltenen Ausdehnung auf Verfertigung von Verträgen, Zweck des §. 7 des II. Einführungsedikts war, und daß derselbe die Notariatsordnung wieder auf die in ihr liegende Gattung der Geschäfte, d. h. auf die bloße Beurkundung beschränken wollte, darüber haben wir ein, noch dazu, gerade wegen der Heirathsverträge, nicht vom Justizministerium, sondern vom Regenten selbst erlassenes Gesetz vom 13. Mai 1812, Reg. Blt. Nr. XIX., und daß solches, in seiner, auch den leisesten Zweifel der Anwendbarkeit der Notariatsordnung auf die Verfertigung von Verträgen des Landrechts aus dem Wege räumenden, ganz deutlichen Bestimmung hier gar nicht berücksichtigt wurde, ist um so auffallender, als man doch die ganz nahe dabei stehende Verordnung vom 27. Mai 1812 auf die Seite geschoben hat. Die so bestimmt die Unanwendbarkeit der Notariatsordnung auf die Amtsrevisoren wegen des II. Einführungsedikts aussprechende Verordnung vom 27. Mai 1812, noch dazu von einem Mann wie Brauer unterzeichnet, hätte doch einige Bedenklichkeiten erregen dürfen, und hätte man nur wenig die schweren Folgen der Entscheidung und ihrer

Digitized by Google

Begründung bedacht, so hätte man sich gewiß überzeugen müssen, daß von einer Anwendung der Notariatsordnung auf die von den jetzigen Staatsschreibern verfaßt werdenden Willenserklärungen und Verträge der Parteien nichts im geltenden Gesetz liegt, und daß sich solche Aufsätze lediglich nach den Vorschriften des Landrechts, oder unterdessen erlassener specieller Gesetze mit dem richten, daß eine vom zuständigen Staatsschreiber ge- und unterschriebene, mit Ort, Tag und Jahr versehene Urkunde, als solche, eine öffentliche Staatsschreibereiurkunde ist, und im Allgemeinen weder der Zeugen, noch des Siegels, noch des Vorlesens, noch der Erwähnung der Doppelschriften bedarf. Mag in Frankreich eine Notariatsurkunde des Beizugs von Zeugen bedürfen, so haben wir keine französischen Notäre, und die ausdrückliche Aufhebung des zu Pfandbestellungen gerade eine solche Notariatsurkunde erfordernden L. R. S. 2127 durch den §. 26 des II. Einführungsedikts und die allein vom Amtsrevisor ausgehende Fertigung der Pfandverträge hätte den forschenden Richter überzeugen sollen, daß unsere Gesetzgebung zur Gültigkeit öffentlicher Urkunden überhaupt und ohne specielle Vorschriften keine Zeugen verlangt. Wir haben keine Urkundszeugen, sondern nur Actszeugen. Es scheint zwar, daß man ein Gewicht darauf gelegt hat, daß die im §. 7 des II. Einführungsedikts versprochene Revisoratsinstruktion noch nicht erschienen ist, allein eine nähere Betrachtung hätte abermals gezeigt, daß daraus für die Fortdauer der Notariatsordnung, hinsichtlich der Fertigung der Verträge und ihrer Formen, lediglich nichts folgt. Bezieht man nämlich diese versprochene Revisoratsinstruktion auf die Feststellung und Bestimmung der Formen der vor und von Staatsschreibern errichteten Rechtsgeschäfte, so würde sie in dieser Beziehung ein neues und selbstständiges Gesetz über Formen der Rechtsgeschäfte erhalten, nun ist dieses Gesetz noch nicht erschienen, und aus ihm kann also auch lediglich noch nichts abgeleitet werden. Es fragt sich nur, was ist jetzt und bis Erscheinen der Revisoratsinstruktion für diese Formen Rechtens, und wenn man behaupten will, daß für alle vor den Staatsschreibern errichteten Rechtsgeschäfte die Notariatsordnung gelte, so muß man dieses beweisen. Nun ist aber aus dem Stand der die Amtsrevisorate zu Staatsschreibern ernennenden, und gerade das Versprechen einer Instruktion gebenden Gesetzgebung des Organisationsedikts und des II. Einführungsedikts nicht nachgewiesen, daß die Notariatsordnung vom Jahr 1806 ganz allgemein für alle Staatsschreibereigeschäfte gelten solle, sondern es geht daraus hervor, daß die Notariatsordnung vom Jahr 1806 nur für die in ihr enthaltene Gattung von Geschäften, für die der bloßen Beurkundung, gelten, und daß die andere Art der Staatsschreibereigeschäfte, die Acte der willkührlichen Gerichtsbarkeit, die gesetzmäßige Verfertigung und Verfassung der Willenserklärungen der Burger, nach dem Landrechte und den darüber ergangenen besondern Vorschriften gerichtet werden solle, und so folgt, bezüglich der letztern Art der Staatsschreibereigeschäfte, aus dem Nichterscheinen der Instruktion nichts anderes, als daß es eben bei den Bestimmungen des Landrechts und der besondern Gesetze bleibt, bis sie, nicht durch die schon vorher bestandene Notariatsordnung, sondern durch die neue Instruktion abgeändert werden. Gerade das Versprechen der Revisoratsinstruktion enthält den Beweis der Trennung der nach der Notariatsordnung vom Jahr 1806 und der nach dem Landrecht zu richtenden Staatsschreibereigeschäfte, denn sie soll sowohl die nähern Vorschriften über alle diese Geschäfte, als über jene der Staatsschreiber enthalten. Nun sind aber die erwähnten diese Geschäfte, die den Notarien ausnahmsweise nach der Notariatsordnung vom Jahr 1806 zukommenden Geschäfte der Beurkundung, und jene Geschäfte sind die den Staatsschreibern nach dem Code Napoleon zugewiesenen Fertigungen und Abfassungen der Verträge, und in so fern sich bei dem Nichterscheinen der Revisoratsinstruktion nicht behaupten läßt, daß die erstere Art der Geschäfte nach dem Landrecht zu richten ist, in so fern läßt sich auch nicht behaupten, daß die nach dem Landrecht den Staatsschreibern zugewiesenen Geschäfte nunmehr nach der Notariatsordnung vom Jahr 1806 gerichtet werden müßten. Die Notariatsordnung sollte gerade so gut, als wie das Landrecht von der Revisoratsinstruktion ergriffen werden, und daß nun diese Instruktion noch nicht erschienen ist, beweist wahrlich nicht, daß nunmehr die Notariatsordnung die Instruktion für die Staatsschreiber bezüglich der Geschäfte ist, welche sie nicht aus der Notariatsordnung, sondern aus dem Landrecht übertragen erhalten haben.

Unter diesen Voraussetzungen ist es wohl richtig gestellt, daß man mit der Verordnung vom 27. Mai 1812 auf das Bestimmteste sagen kann, daß die Notariatsordnung auf die Errichtung von Willenserklärungen und Verträgen vor und von Amtsrevisoren mit ihren Theilungscommissarien unanwendbar ist, und daß keinen Falls die Nichtbeobachtung einer Form der Notariatsordnung bei irgend einem Rechtsgeschäft dasselbe durchaus nichtig macht. Mag aber dem seyn, wie ihm wolle, so ist nunmehr vom höchsten Gerichtshof eine nach dem Landrecht gültige, dem S. 1395 gemäß verfaßte öffentliche Staatsschreibereiurkunde, zufolge der für anwendungsnothwendig erklärten Vorschriften der Notariatsordnung, für durchaus nichtig erklärt worden, und da man bei dieser Entscheidung nicht nur eine gerade, den Nichtigkeitsgrund des Mangels der Zeugen bei Heirathsverträgen als unerheblich bezeichnende Verordnung der höchsten Justizbehörde, sondern auch ein, die Unanwendbarkeit der Notariatsordnung vom Jahr 1806 auf Heirathsverträge speciell aussprechendes Gesetz außer Acht ließ, die Entscheidung selbst aber ganz allgemein auf alle Staatsschreibereiurkunden begründet, so läßt sich nicht bezweifeln, daß alsdann alle andern Staatsschreibereiurkunden noch vielmehr den Vorschriften der Notariatsordnung unterworfen, und daß folgeweise alle nichtig sind, weil sie bis jetzt nicht nach diesen Vorschriften angefertigt wurden und werden. Die Fertigungen der öffentlichen Urkunden, ihre Erfordernisse sind aber wahrlich keine Gegenstände, welche ohne die tief eingreifendste Wirkung auf den ganzen Rechtszustand des Landes unsicher gestellt, und auch nur in Zweifel gezogen werden dürfen, und da die Staatsschreiber mit ihrem Vermögen für die gesetzmäßige Fertigung ihrer Aufsätze verantwortlich sind, das Oberhofgericht aber wieder in letzter Instanz über diese ihre Verantwortlichkeit und über deren Bedingungen und Vorkommen entscheidet, so ist die vom höchsten Gerichtshof getroffene Entscheidung beinahe ein nothwendiger Richtpunkt für die Staatsschreiber, der aber die Sache damit noch mehr in die größte Verwirrung und Unsicherheit stürzt, daß dem

Digitized by Google

Staatsschreiber die Vereinigung und gleichmäßige Beachtung der Vorschriften des Landrechts und der Notariatsordnung bei seinen Urkunden als jetzt geltendes Gesetz angegeben, aber niegends auch nur ein Fingerzeig gegeben ist, wie er nunmehr die Vereinigung dieser Formen vorzunehmen habe. Und hat er nach seinem eigenen besten Ermessen diese beiderartigen Erfordernisse vereinigt, so werden ihm seine darnach eingerichteten Urkunden vielleicht dann für nichtig erklärt, wenn man von der Ansicht der Nothwendigkeit der Beobachtung der Notariatsordnung wieder zurückgekommen ist.

Der Staatsbürger kann aber verlangen, daß man ihn nicht durch Veröffentlichung von Verordnungen, wie die vom 27. Mai 1812, in Rechtsunsicherheit und, im Vertrauen darauf, in Schaden bringt; der Staatsschreiber kann bei der ihm anfliegenden schweren Last der Verantwortlichkeit für seine Urkunden fordern, daß man ihm genaue Vorschriften über deren Erfordernisse ertheile, und jeder Freund des Rechts und der Ordnung muß wünschen, daß man bei der durch die getroffene Entscheidung ganz unabweisbar eingetretenen Unsicherheit der öffentlichen Staatsschreibereiurkunden auch keinen Tag säume, der daraus nothwendigerweise entstehenden Unsicherheit des ganzen Rechtsstandes im Lande, wenn nicht zuvorzukommen, doch sie zu heilen. Wenn daher eine Zurücknahme des ergangenen Urtheils durch das Rechtsmittel der Wiederherstellung nicht erwirkt werden kann, welche etwa darauf begründet werden könnte, daß der Ehevertrag vollzogen wurde, und die Zeugen gerade nach §. 7 der Notariatsordnung keine Acts-, sondern bloße Beurkundungszeugen sind, daß also der Beizug der Zeugen nur zum Zweck des Beweises dient, welchen man auch anderwärts vernehmen kann, und daß endlich dessen Nichtbeobachtung keine absolute, sondern eine relative, durch Vollzug nach L. R. S. 1338 geheilte Nichtigkeit bewirkt, worüber nach den mitgetheilten Entscheidungsgründen nichts entschieden ist, wenn, sage ich, das Urtheil nicht auf diese oder eine andere Weise zurückgenommen wird, so kann der dadurch in der letzten Wurzel erschütterte Rechtszustand meines Erachtens auf keine andere Weise beruhigt werden, als durch eine alsbaldige provisorische authentische Interpretation des §. 7 des II. Einführungsedikts *), wodurch die Unanwendbarkeit der Notariatsordnung für die vor den Amtsrevisoraten errichteten Rechtsgeschäfte ausdrücklich ausgesprochen und diesem Ausspruch für fernere Fälle die nach L. R. S. 2 c. dahin erlaubte Rückwirkung ertheilt werden wird, daß alsdann jeder Richter annimmt, daß von Einführung des Landrechts an es Absicht des Gesetzgebers war, daß die Notariatsordnung nicht für die Amtsrevisorate gelte. Möge man sich aber nicht bei dem Gedanken beruhigen, daß in Erkennung der schweren Folgen der getroffenen Entscheidung und in besserer Einsicht ihrer im Gesetz nicht zu findenden Begründung eine solche Entscheidung nicht mehr vorkommen könne, sie ist einmal vom obersten Gerichtshofs ausgegangen, und ist in ihrer Fortwirkung nicht zu hemmen, wenn sie nicht durch die Gesetzgebung unschädlich gemacht wird, denn das einzige andere Mittel — Kassation der Entscheidung im Interesse des Gesetzes — besitzen wir leider nicht. Auf ein Zurückschrecken der Richter vor schweren, sonderbaren und ganz neuen Rechtsfolgen ihrer Urtheile halte ich ohnedieß nicht viel, denn es will mich aus dieser, und so mancher anderen Erscheinung, z. B. der Meinung, daß nach L. R. S. 845 gegen Schenkungen keine Mindereungklage angestellt werden könne, daß der Termin des Unterpfandsrechts des Minderjährigen immer nur vom Anfall des Vermögens anfange und dergleichen, bedünken, daß es Richter giebt, welche die Güte ihrer Entscheidungen gerade in ihre Sonderbarkeit und ihren Widerstreit mit allen sonstigen Rechtswahrheiten setzen, und je neuer und kaum denkbar ihre Meinung ist, desto mehr thun sie sich darauf zu gut.

Bei dieser Entscheidung und bei der im Verlauf von zwei Tagen vorgekommenen widersprechenden Entscheidung über die Genugthuungsquart des unschuldig geschiedenen Ehegatten, ist es aber nur zu beklagen, daß Niemand, zumal bei der ersten Sache, die schweren Folgen des Urtheils, die doch so nahe lagen, erkannt und darauf aufmerksam gemacht hat. Solche, vom obersten Gerichtshof ausgehende, den ganzen Rechtszustand betreffende Urtheile, sollten nur nach der reiflichsten Berathung und sorgsamsten Erwägung erlassen werden; unsere Pr. Ord. hat dafür die Aussetzung der Sache zu einem schriftlichen Vortrag in geheimer Sitzung, nach §. 1124 der Pr. Ord., von dem man nicht sollte sagen können, daß er nach Aufhebung der Relationsgebühren seltener angewendet werde, und wäre die Frage über die Anwendbarkeit der Notariatsordnung für unsere Staatsscheeibereiurkunden zu einem schriftlichen Vortrag ausgesetzt, und damit Zeit zum Nachdenken und Nachlesen vergönnt worden, so wäre Zehn gegen Eins zu wetten, daß man für die Anwendbarkeit der Notariatsordnung und insbesondere für die angenommene, durchaus bestehende Nichtigkeit des Heirathsvertrags keine Majorität zusammengebracht hätte. Gerade für diese letztere Meinung läßt sich gar nichts anführen und ist deßhalb auch in den Entscheidungsgründen nichts angeführt, als die Behauptung, daß es so seie. Der ganze, dieses begründende Entscheidungsgeund 10 ist nichts anders, als der nackte, aller Gründe entblößte Satz: es ist so, weil es so ist.

Schließlich mögen aber die Parteien und ihre Anwälte aus diesem Urtheil die Lehre schöpfen, daß man, zumal bei so bedeutenden Rechtsstreiten, nie auf die eigene Meinung von der Güte seiner Sache zu viel bauen soll, und daß es dahee bei endlicher Entscheidung wichtiger Rechtsstreite überall räthlich erscheint, durch Einreichung schriftlicher Rechtserörterungen, durch Erheben von Gutachten, die sämmtlichen Richter von dem Stand des Rechtsstreits möglichst zu unterrichten. Die Prozeßordnung verbietet es nicht, und daß es dem Geist des öffentlichen Gerichtsverfahrens nicht unangemessen ist, lehrt uns das Beispiel von Frankreich, wo die eingereichten Konsultationen bei wichtigen Rechtsstreiten beinahe immer vorkommen. Uebrigens ist es von jedem Freunde guter Gerechtigkeitspflege dankbar anzuerkennen, daß das Justizministerium in neuester Zeit die Anordnung getroffen hat, daß die Acten eines in öffentlicher Tagfahrt zu verhandelnden und zu entscheidenden Rechtsstreits wenigstens drei Tage zuvor in dem Gerichtszimmer zum Lesen durch alle zur Entscheidung mitwirkenden Richter aufgelegt werden müssen, von denen seither immer nur der Respicient je Kenntniß seiner respicieten Sache hatte, und wovon jetzt alle sich vor der mündlichen Verhandlung von dem Stand der Sache unterrichten können. Sander.

*) Diese ist inzwischen erfolgt. D. R.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 19. November 1836.

I.

Ein Wort über den Werth der Rechtsgleichförmigkeit und das rechte Mittel, sie zu erreichen.

(Ann. IV. S. 153. 197 u. 225.)

Man hat zu allen Zeiten von den Gerichten verlangt, daß sie in ihren Entscheidungen immer die gleichen Rechtsbestimmungen anwenden, und in der That ist diese Gleichförmigkeit der Entscheidung gleicher Rechtsfragen nur eine Forderung der Gerechtigkeit, weil das Recht seinem Begriffe nach nur ein einfaches sich selbst gleiches ist, und weil es nur als eine allgemein für alle Fälle und für alle Richter auf gleiche Weise bestimmte Norm wahrhaftes Recht ist.

So gewiß aber diese Rechtsgleichförmigkeit eine Forderung des Rechts ist, welche zu erreichen daher immer als die höchste Aufgabe anerkannt werden muß, so gewiß ist es auch, daß diese Aufgabe nie vollständig, sondern nur annäherungsweise gelöst werden kann. —

Es ist nicht möglich, Gesetze zu geben, deren Bestimmungen so in sich vollendet wären, daß sie alle menschlichen Verhältnisse umfaßten und keine mehrfache Deutung zuließen; wenn man aber auch dieses für möglich halten wollte, so ist es doch sicher unmöglich, daß in einem auch noch so kleinen Staate die, welche die Gesetze in Anwendung bringen, an Verstand und wissenschaftlicher Ausbildung sich gleich seien, und sich immer auf derselben Stufe erhalten, vielmehr muß hier nothwendig eine unendliche Mannchfaltigkeit entstehen, welche dann mehr oder minder nothwendig auch Mannchfaltigkeit in der Rechtspflege erzeugt.

Allein auch bei Vollkommenheit der Gesetze und bei wirklicher Gleichheit der Verstandeskräfte und des allgemeinen Bildungsstandes aller Richter wäre es nicht möglich, daß Alle alle einzelnen Rechtsbestimmungen auf gleiche Weise auffaßten.

Es ist also das gleiche Recht, welches allein Recht ist, nur eine Forderung, welche nicht völlig befriedigt werden kann, welche aber so weit als möglich befriedigt werden soll. Wenn aber gleich der aus dem Rechtsbegriffe selbst abzuleitenden Forderung nach alle Richtersprüche gleichförmig seyn sollten, so ist doch hier die völlige Unmöglichkeit der Befriedigung zu einleuchtend, als daß die Verschiedenheit der Urtheile, in sofern sie von verschiedenen Gerichten ausgehen, die Meinung von der Güte der Rechtspflege noch verletzen sollte; anders verhält es sich aber in den Fällen, wo der nämliche Gerichtshof oder Gerichtssenat widersprechende Urtheile giebt, hier tritt nicht so leicht die Ueberzeugung zum Bewußtseyn, daß die Ungleichförmigkeit der Urtheile auch bei demselben Gericht eben sowohl aus der nothwendig unvollkommenen Beschaffenheit aller Rechtspflege, als aus einem Versehen der Richter herrühren kann, und daß der Richter da, wo er die Anforderung der Rechtsgleichförmigkeit verletzte, lediglich nach den Gründen seiner Entscheidung beurtheilt werden darf. Hier scheint daher Abhilfe dringend nöthig, damit nicht die Gerichte von der öffentlichen Meinung aufgegeben werden.

Man hat früher häufig dem Mißstande durch die Autorität der Präjudizien oder gemeinen Bescheide entgegengearbeitet, und die Wirksamkeit dieses Mittels ist wohl nicht zu verkennen, allein es ist mit Gebrechen behaftet, welche seine bei uns Statt gehabte Abschaffung wohl begründen; fürs Erste soll nämlich der Richter in seiner Funktion sich darauf beschränken, die vorhandenen Gesetze recht zu verstehen und sie auf bereits streitig gewordene Fälle richtig anzuwenden, nicht aber soll er in die Befugnisse des Gesetzgebers eingreifen, und für künftige Fälle Normen aufstellen; fürs Andere soll der Richter nur das als Gesetz anerkennen und zur Anwendung bringen, was ihm seine eigene Einsicht als solches zu erkennen giebt, nicht aber was die unberufene Autorität eines Gerichts dafür erklärt.

Es ist nämlich der Schlußstein aller Gerechtigkeit, die Moralität des Richters, d. h. der feste durch keine Beschwerden oder sonstige Unannehmlichkeiten zu beugende Wille, nur das als Urtheil auszusprechen, von dessen allgemeiner Gültigkeit, von dessen Gesetzmäßigkeit er selbst überzeugt ist. —

Auch der in Ann. IV. Nr. 26 gemachte Vorschlag leidet an denselben Gebrechen, denn wenn zum Gesetz erhoben

Digitized by Google

wäre, daß beim Widerstreit eines Senatsurtheils mit einer frühern Senatsentscheidung die Sache vor den vollen Rath zu bringen und von diesem mit präjudizieller Wirkung für künftige Fälle zu entscheiden sei, so wäre eben damit auch ein Theil der legislativen Gewalt an die Gerichte abgetreten, und die Richter wären, wenn auch für seltene Fälle, in den Zustand einer moralischen Unfreiheit versetzt, indem sie genöthigt wären, das für recht zu erklären, was ihre Ueberzeugung für unrecht hält. Auch dieses Auskunftsmittel, welches eigentlich nur eine modificirte Erneuerung der gemeinen Bescheide wäre, erscheint daher unzulässig, abgesehen von seiner Unvereinbarkeit mit einer Gerichtsverfassung und Ordnung, welche den Grundsatz voranstellt, daß die urtheilenden Richter unmittelbar von den Parteien ihre Information schöpfen sollen.

Bei der in allen unsern Obergerichten eingeführten Abtheilung in Senate, welche für die Civiljustiz faktisch eben so viele abgesonderte Gerichtshöfe bilden, während dennoch in der allgemeinen Meinung die Senatsurtheile als Entscheidungen des ganzen Gerichts gelten, ist der Uebelstand dadurch gesteigert, daß die mehr oder weniger vollkommene Absonderung der Senate die Ungleichförmigkeit ihrer Entscheidungen begünstigt; das Gegenmittel scheint daher zunächst in einer Modifikation der Senatsabsonderung angezeigt zu seyn; wenn die Einrichtung getroffen wäre, daß immer einige der zu einem Senatsurtheile mitwirkenden Räthe Mitglieder des andern Senats seyn müßten, so wäre der natürliche und einzig zulässige Weg eröffnet, auf welchem die im andern Senat bereits geltend gewordenen Rechtsansichten auch in diesem Senat bei vorkommenden Fällen geltend gemacht werden könnten.

Allein bei aller Tauglichkeit dieses Mittels gegen das geringere Uebel ist es verwerflich, weil es einen weit empfindlicheren Nachtheil, nämlich Ungleichförmigkeit der Urtheile ein und desselben Senats, nothwendig begünstigt.

Wenn nämlich die Urtheile verschiedener Senate des nämlichen Gerichts nur scheinbar von dem nämlichen Richter, in der That aber von eben so vielen verschiedenen Richtern ausgehen, als Senate sind, so kann, da diese Verfassung Jedermann bekannt ist, der guten Meinung von dem urtheilenden Richter, also dem Glauben an die Gerechtigkeit und an die Wahrhaftigkeit des Rechts, eigentlich nur die Rechtsungleichförmigkeit empfindlich schaden, welche von diesem Richter, also dem nämlichen Senat, ausgeht.

Wer vom Gang des Rechts nur die oberflächlichste Kenntniß hat, muthet schon keinem Richter zu, daß er in seinen Entscheidungen mit andern Gerichten übereinstimme, im Gegentheil baut ja jeder Appellant gerade auf diesen Widerstreit der Ansichten seine beste Hoffnung; das aber wird nur von jedem Richter verlangt, daß er in seinen Entscheidungen nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathe, und daß die Einrichtung dieser Anforderung möglichst entspreche, wird mit Recht verlangt.

Es liefern nun aber gerade die in Ann. IV. Nr. 38 mitgetheilten beiden Entscheidungen des ersten oberhofgerichtlichen Senats den praktischen Beweis, wie der Wechsel der Votanten leicht solche widersprechende Entscheidungen ganz unvermeidlich herbeiführt.

Weil der gedachte Senat schon seit längerer Zeit nur mit 6 Stimmführern besetzt ist, während deren sieben für eine öffentliche Gerichtssitzung erfordert werden, und weil überdies zur Zeit der Aburtheilung einige Senatsglieder abwesend waren, so mußte der Senat in beiden aufeinander folgenden Sitzungen von verschiedenen Mitgliedern des andern Senats ergänzt werden.

In sofern also die Zusammensetzung des Gerichts, d. h. des besondern Senats, auf die Rechtsbestimmungen der Urtheile unläugbaren Einfluß hat, in sofern kann naturgemäß nur die größtmögliche Gleichförmigkeit der Besetzung auch Gleichförmigkeit der Entscheidungen, Wechsel der Votanten aber nur Ungleichförmigkeit der Entscheidungen begünstigen.

Allein da hier, auch wenn sich die Gesetzgebung zum Grundsatze der möglichst festen Besetzung der Gerichte und Gerichtsabtheilungen bekennt, dennoch der Tod, Krankheit, Abwesenheit, andere Verhinderungen, und der Wechsel der Rechtsüberzeugungen, welcher sich mit der vermehrten wissenschaftlichen Thätigkeit steigert, stets störend eingreifen, so bedarf es einer fortwährenden wachsamen Thätigkeit der Gesetzgebung, damit der Ungleichförmigkeit des Rechts vorgebeugt wäre.

Der Gesetzgeber würde nämlich über seinen hohen Beruf sehr im Irrthum seyn, wenn er meinte, demselben schon durch einmalige Bestimmung des Rechts in einer gewissen Sphäre genügt zu haben, im Gegentheil ist er verpflichtet, stets darauf zu wachen, daß das Recht auch so, wie er es bestimmte, zur Anwendung komme; er muß also, so oft das Recht durch von seiner Absicht abweichende oder unter sich widersprechende Anwendung seine feste Bestimmtheit verliert, es aufs Neue bestimmen.

Es ist ein zwar friedlicher, aber darum nicht minder wichtiger und einflußreicher Kampf, in welchem sich der Gesetzgeber und die Richter die Herrschaft streitig machen; die Wahrhaftigkeit des Rechts fordert es aber durchaus, daß der erstere immer die Oberhand behaupte; er muß daher seine Wachsamkeit und Thätigkeit in dem Grade vermehren, in welchem sich die selbstständige wissenschaftliche Thätigkeit der Richter steigert *).

*) Dies ist freilich nur der größere und bessere Theil des Krieges zwischen dem Gesetzgeber und den Juristen, wo die letztern sich

Als der bezeichnete Kampf erscheint die Thätigkeit der anwendenden und auslegenden Juristen in sofern, als dadurch die in sich nothwendige Einfachheit und feste Bestimmtheit des Rechts erschüttert und an die Stelle des Gesetzes die Meinung des Juristen gestellt wird. Es ist zwar dieses bei dem gewissenhaften Juristen nie Zweck, aber denn doch häufig Resultat der wissenschaftlichen und richterlichen Thätigkeit, ein Resultat, welches bald durch mangelhafte Bestimmungen des Gesetzes, bald durch unvollkommene Auslegung herbeigeführt seyn mag, immer kann es aber nur Aufgabe des Gesetzgebers seyn, die Wiederkehr solcher Resultate der juristischen Thätigkeit dadurch abzuschneiden, daß sie ihren wahrhaften Willen entweder an sich, oder mit Rücksicht auf die Bildungsstufe der anwendenden Juristen besser ausdrückt.

Wenn nämlich der auslegende und anwendende Jurist als letzten Zweck seiner Thätigkeit immer den haben muß, die wahre Bestimmung des Gesetzes aufzufassen, und das, was er dafür anerkennt, urtheilend zu verwirklichen, so kann er bei eintretender Meinungsverschiedenheit von dem, was er für recht hält, nicht abgehen, sofern nicht die Gegengründe seine Ueberzeugung ändern; bei allen eigentlichen Streitfragen, wo Gründe und Gegengründe sich ungefähr die Wage halten, ist dies nicht möglich, und so kann deren sorgfältigste Kultivirung durch die Doktrin für sich allein kein anderes Resultat haben, als Fortsetzung der Unbestimmtheit des Rechts und des Schwankens der Urtheile. Für die Verwirklichung des Rechts selbst hat alle diese Thätigkeit nur dann einen Werth, wenn der Gesetzgeber durch bessere Bestimmung den Streit beendigt. —

Hier ist die Gränze für den Grundsatz der Stetigkeit im Gebiete der Gesetzgebung, dessen sonstige Vernachläßigung unstreitig die erste Quelle der Rechtsungleichförmigkeit seyn würde, dessen allzustarres Festhalten aber nothwendig denselben Mißstand durch die Gesetzesanwendung herbeiführt.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist denn die schriftlich ergangene Staatsministerialverordnung vom 31. Juli 1833 Nr. 1974, welche die Obergerichte auffordert, bei vorkommenden widersprechenden Urtheilen die Thätigkeit der Gesetzgebung anzuregen, gewiß sehr zweckmäßig, allein sie scheint unzureichend.

Der Scharfsinn vieler deutschen und französischen Juristen hat sich in den letzten Dezennien an unserm Civilrechte in dem Maße geübt, daß eine Menge von Rechtsfragen zu den bestrittenen, also zu denen gehören, welche bei vorkommenden Fällen nicht gleichförmig nach dem unzweifelhaften Ausspruche des Gesetzgebers, sondern ungleichförmig und mehr oder weniger nach dem Ausspruche eines angesehenen Juristen entschieden werden.

Hinsichtlich aller dieser Fragen ist es nicht nöthig, die widerstreitenden Urtheile der Gerichte erst abzuwarten, sondern die Gerechtigkeit fordert dringend, daß durch deren schleunige legislative Entschreidung jetzt schon der künftigen Ungleichförmigkeit des Rechts vorgebeugt werde.

Eine gründliche Revision unsres Civilgesetzbuches wird zur Verwirklichung des Rechts, nämlich zur Sicherheit und Festigkeit der Rechtsbestimmungen mehr beitragen, als die 30jährige Bemühung der Doktrin, welche nur bestimmt ist, in einer solchen Revision unterzugehen und so zur Verwirklichung des Rechts beizutragen.

Zwar wird auch nach der Revision des Gesetzbuches die Doktrin nicht müßig seyn, neue Zweifel werden entstehen, neue Streitfragen sich bilden; allein, wird der vernünftige Landwirth aufhören, seinen Acker vom Unkraut zu reinigen, weil ee vorher wiß, daß an der Stelle des alten neues hervorkrimen wird?!

Diese Voraussicht kann nur den Vorsatz in ihm erregen, das Jäten von Zeit zu Zeit zu wiederholen, und eben so dürfte sie auch eine Nation, deren freie Verfassung Gewährleistung des Rechts bezweckt, veranlassen, durch ein Grundgesetz im Voraus die Frist zu bestimmen, binnen welcher immer eine solche Gesetzesrevision wiederkehren soll, damit im Voraus gewiß sei, daß nie die Ungewißheit des Rechts überhand nehme.

Denn da die Bestimmtheit des Rechts immer durch die Anwendung in Unbestimmtheit übergeht, so besteht am Ende alle Gewißheit des Rechts nur in der Gewißheit, daß die Unbestimmtheit sich wieder in neue Bestimmtheit auflösen werde. — Rechtsgewißheit aber ist dem Gesetzgeber, wie dem Richter, und vor Allem dem rechtsuchenden Bürger, unentbehrlich und deshalb die höchste Aufgabe der Staatsverfassung.

Treffurt.

Anmerk. der Red. Mit dem vielen Interpretiren hat es auch seine Bedenken. Es geschieht nicht nur, daß die nie ruhende Doktrin wieder andere Unbestimmtheiten aufdeckt, sondern aus der authentischen Erläuterung eines Satzes selbst gehen oft wieder neue Zweifel hervor, besonders wenn sie nicht völlig treffend, oder das erläuterte Gesetz in seinen verschiedenen Bestimmungen nicht völlig consequent ist.

Man argumentirt aus der gegebenen Entscheidung einer Frage, daß nun auch eine andere, bisher als unzweifelhaft angenommene Frage wieder anders zu beantworten seyn werde, und so erheben sich nicht nur darum neue Zweifel, weil nicht alle Unbestimmtheiten auf einmal entschieden werden und die Doktrin nicht ruht, sich also, wenn das Eine ihr entzogen ist, wieder auf das Andere wirft, sondern die gegebenen Entscheidungen sind oft die wirk-

immer ohne Bewußtseyn des Widerstreits und in der Meinung, recht zu thun, im Kampf gegen das Gesetz befinden, allein von dem andern seltenern Falle, wo die Juristen mit Bewußtseyn des Unrechts gesetzwidrig handeln, mag hier einstweilen nicht die Rede seyn.

liche Quelle solcher neuen Zweifel, die sich aus ihr erst ergeben.

Mehrere Gegenstände des Landrechts wären wahrscheinlich nie so verworren geworden, wenn in den ersten Jahren, nachdem dasselbe in das Leben getreten war, nicht gar so viele Erläuterungen erschienen wären.

Ich spreche damit keineswegs im Allgemeinen gegen den Ausweg, der in Erlassung authentischer Erläuterungen liegt, sondern ich will nur aufmerksam machen, daß man hierin des Guten auch leicht zu viel thun könne und daß dabei die äußerste Vorsicht nöthig sei, wenn man das „incidit in scyllam" vermeiden will.

Nur langsam mit Auslegungen des Gesetzgebers! — nicht nur bis man gewiß ist, daß die Doktrin durchaus nicht mehr im Stande ist, selbst festen Boden zu verschaffen, sondern auch bis die Frage in ihren tiefsten und äußersten Gründen durch die Doktrin völlig erschöpft und in ihrem Zusammenhange mit verwandten Gegenständen vollständig erörtert ist, damit man nicht Gefahr laufe, eine isolirte Entscheidung zu geben, die in sich selbst unrichtig ist oder mit dem Systeme oder dem Geiste anderer Artikel nicht im Einklange steht, und dadurch auf einer andern Seite neue Zweifel erzeugt.

Im Urbrigen will ich hinsichtlich der Präjudizien nur bemerken, daß zwar die Gründe, welche gegen die authentische Wirksamkeit derselben sprechen, überwiegen, daß es aber gleichwohl eine falsche Richtung genannt werden darf, wenn man, wie es mitunter geschieht, eine Art von Liebhaberei daraus macht, Sätze, die man von langen Jahren her immer unzweifelhaft annahm und die eben darum längst in das praktische Leben übergiengen und die Grundlage einer Menge von Handlungen und Rechtsgeschäften der Staatsbürger wurden, wieder zu erschüttern, weil man etwa, wenn auf den Wortlaut des Gesetzes zurückgegangen wird, auch Gründe für das Gegentheil finden kann. Zwischen solchen, durch lange Uebung praktisch gewordenen und als anerkannter Rechtsboden dienenden Sätzen, und der Behauptung, daß die einmalige Entscheidung einer Rechtsfrage auch für spätere Fälle überhaupt maßgebend sei, ist wohl billig einiger Unterschied zu machen. D. R.

II.

Findet wegen einer nach Maßgabe der §§. 753 und 981 des bürgerlichen Prozeßgesetzbuchs erkannten Geldstrafe das ordentliche Rechtsmittel der Appellation Statt?

Die Grundherrschaft von Bettendorf gegen die Gemeinde Gißigheim.

Durch unterrichterlichen Bescheid vom 27. Nov. 1835 war zu Recht erkannt:

„daß die Grundherrschaft von Bettendorf in dem Besitz der ausschließlichen Schäfereigerechtigkeit auf Gißigheimer Gemarkung zu schützen, der beklagten Gemeinde der Austrieb von Schafen bei Vermeidung einer Geldbuße von 100 Reichsthalern zu untersagen und sie verbunden sei, den erweislich angerichteten Schaden der Grundherrschaft salva liquidatione zu ersetzen ꝛc."

Nachdem die Gemeinde dagegen bereits die Appellation eingeführt hatte, trug der grundherrliche Rentbeamte bei dem Untergerichte auf Erkennung der angedrohten Geldstrafe an, weil die Beklagten das Austreiben der Schafe nicht unterließen. Auf die unterm 9. Dez. hierüber gepflogene Verhandlung ward sofort die Gemeinde wegen Uebertritt der Verfügung vom 27. Nov. in die angedrohte Geldstrafe von 100 Rthlrn. und in die Kosten verfällt. Sie führte auch dagegen die Appellation ein, welche aus dem im §. 1175 Nr. 3. der Pr. O. angeführten Grunde zuläßig seyn sollte, weil die in dem Hauptstreite betheiligten Personen bei dem Erkenntnisse vom 9. Dez. nicht vertreten gewesen seien. Nach hofgerichtlichem Beschluß vom 24. Dez. ward jedoch der Schriftsatz als Beschwerdeführung im Sinne des §. 1244 Nr. 5. der Pr. O. angenommen und auf Einkunft der Acten durch weitern Beschluß vom 16. Januar d. J. die gegen das amtliche Erkenntniß v. 9. Dez. v. J. erhobene Beschwerde, in Anbetracht, daß dem Verbote vom 27. Nov. zuwider von Seiten der Beklagten erwiesenermaßen Schafe auf die Gemarkung ausgetrieben wurden, unter Verfällung der Beschwerdeführer in die Kosten, als unbegründet verworfen.

Auf eingekommene Oberappellationsanzeige ergieng unterm 29. ejusd. die hofgerichtliche Verfügung:

„findet nach §. 1250. der Pr. O. gegen den diesseitigen Beschluß vom 16. l. M. kein weiteres Rechtsmittel Statt."

Der Anwalt erwirkte jedoch die Abforderung der Acten bei Gr. Oberhofgerichte, welches am 27. Mai den Beschluß erließ:

„J. E. daß nach §. 1244. Nr. 5. der Pr. O. wegen angeblich widerrechtlich erkannter Geldstrafen keine Appellation, sondern bloß eine Beschwerdeführung Statt findet, und daß folgeweise das Gr. Hofgericht die gegen das amtliche Straferkenntniß v. 9. Dez. v. J. eingeführte Appellation mit Recht als eine bloße Beschwerdeführung behandelt hat."

„In Anbetracht, daß jedoch diese Beschwerdeführung bei demselben durch Beschluß vom 16. Januar l. J. als unbegründet verworfen worden ist, und nach §. 1250 der Pr. O. gegen Verwerfung einer Beschwerde ein weiterer Rechtszug nicht Statt findet, wird die gegen gedachten hofgerichtlichen Beschluß anher eingeführte Oberberufung als unzuläßig verworfen."

Bayer.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe den 26. November 1836.

I.

Kreisregierung zu Rastadt.

In welchem Falle kann ein Verpfründungsvertrag wegen Unverträglichkeit zwischen Pfründgeber und Pfründnehmer im polizeilichen Wege aufgehoben werden?

G. H. zu T. hatte im Jahr 1831 mit den J. G. E.'schen Eheleuten einen Verpfründungsvertrag abgeschlossen. In diesem Vertrag war unter Andern auch für den Fall Vorsorge getroffen, wenn eines der die Pfründe gebenden Eheleute noch zu Lebzeiten des Pfründnehmers mit Tod abgehen sollte. Einige Zeit, nachdem G. H. in Verpfründung genommen war, starb J. G. E. Der Pfründnehmer blieb aber auch jetzt noch bei der J. G. E'schen Wittwe, welche den Verpfründungsvertrag fortsetzte. Im April 1834 gieng aber derselbe plötzlich aus dem Hause der Pfründgeberin weg und begab sich zu einem andern Verwandten. Zugleich erhob er bei dem Amt E. Klage auf Aufhebung des abgeschlossenen Verpfründungsvertrags, weil die Pfründgeberin die Vertragsbedingungen nicht erfüllt und ihn diesen gemäß nicht behandelt habe. Von Seite der Pfründgeberin wurde letzteres widersprochen und daher dem Kläger der Beweis darüber auferlegt. Dieser mißlang aber gänzlich; indem sowohl die von dem Kläger, als die von der Beklagten aufgerufenen Zeugen ganz zu Gunsten der letztern aussagten. Dies hatte die Abweisung des Klägers mit seiner Klage, unter Verurtheilung desselben in die Kosten, zur Folge. Das Urtheil enthielt jedoch noch den Beisatz, daß ihm unbenommen sei, sein Gesuch um Aufhebung des Verpfründungsvertrags bei der Polizeibehörde anzubringen. Gegen dies Urtheil zeigte Kläger zwar die Berufung an, ließ aber solche desert werden.

Nachdem das amtliche Urtheil die Rechtskraft beschritten hatte, erschien G. H. bei Amt, erklärte, daß er sich durchaus nicht mehr dazu verstehen könne, zu der Pfründgeberin, der J. G. E.'s Wittwe zurückzukehren, sondern verlange, gestützt auf das Gesetz, wornach jeder Verpfründungsvertrag, wenn er auch noch so unwiderruflich abgeschlossen, auf Verlangen des einen oder andern Theils aufgelöst werden könne, die Aufhebung des im Jahr 1831 abgeschlossenen Verpfründungsvertags. Das Amt erkannte hierauf, ohne die Pfründnehmerin über das gestellte Gesuch zu vernehmen:

„Daß der Verpfründungsvertrag wegen Unverträglichkeit des Pfründnehmers wieder aufzulösen, daß dagegen die Pfründgeberin berechtigt sei, von dem Pfründschilling 300 fl., woran jedoch dem Pfründnehmer die lebenslängliche Nutznießung zustehe, zurück zu behalten."

Dies Erkenntniß stützte das Amt auf folgende Gründe:

1) Daß G. H. sein Gesuch um Auflösung des abgeschlossenen Verpfründungsvertrags schon öfters wiederholt habe und daß alle seitherigen Versuche, ihn mit seiner Pfründgeberin zu vereinigen, mißglückt.

2) Daß nach L. R. S. 1983 i. ein Verpfründungsvertrag im polizeilichen Wege, nach fruchtlos gemachten Vereinigungsversuchen, wegen Unverträglichkeit des Pfründgebers und Pfründnehmers aufgehoben werden könne.

3) Daß da, wo der Vertrag nicht wegen alleiniger Schuld des Pfründgebers aufgelöst werde, der Pfründgeber nach L. R. S. 1983 m. das Recht habe, einen verhältnißmäßigen Theil am Pfründschilling zurückzubehalten; daß hier der Betrag schon im Voraus in §. 8 des Verpfründungsvertags auf 100 fl. für jedes Pfründjahr festgesetzt worden und daß G. H. 3 Jahre lang bei den J. G. E.'schen Eheleuten in Pfründe gewesen sei.

Gegen das angeführte Erkenntniß ergriff die J. G. E.'s Wittwe, welche sich dadurch beschwert fühlte, den Recurs an die Kreisregierung, wo dieselbe auch ein abändernes Erkenntniß dahin erwirkte:

„Daß G. H. mit seinem Gesuch um Aufhebung des Verpfründungsvertrags, unter Verfällung in die Kosten, zur Zeit abzuweisen sei."

Dies Erkenntniß war durch nachstehende Gründe motivirt:

1) Daß nach den Aussagen der im Civilprozeß vernommenen Zeugen keine erhebliche Beschwerde gegen die Pfründgeberin vorliege, sondern daß das Gesuch nur in der Reue

Digitized by Google

des Pfründnehmers über den abgeschlossenen Vertrag, sohin auf Wankelmuth desselben beruhe.

2) Daß im polizeilichen Wege ernstliche Einschreitungen noch nicht Statt gefunden, um den Pfründnehmer zur Ordnung des Vertrags zurückzuführen.

3) Daß sohin nach den §§. 23 u. 24 des Gesetzes vom 25. September 1807 und L. R. S. 1389 i. zur Zeit keine zureichenden Gründe vorhanden seien, den Verpfründungsvertrag von Staatspolizeiwegen aufzulösen, und endlich

4) Daß, in sofern auch die polizeiliche Auflösung des Vertrags als begründet erscheine, gleichwohl ein Erkenntniß über die hierauf bezüglichen Entschädigungsansprüche der beiden Vertragsparteien nicht der Polizeibehörde, sondern dem geordneten Civilrichter zustehen würde.

Dies Erkenntniß der Kreisregierung wurde beiden Theilen eröffnet. G. H. beruhigte sich zwar dabei, erschien aber nach beiläufig 2 Monaten schon wieder bei Amt und bat wiederholt um Auflösung des Verpfründungsvertrags, mit dem Anfügen: daß er sich, obschon der Verwandte, bei welchem er sich bisher aufgehalten, ihn ferner nicht behalten wolle, indem die J. G. E.'s Wittwe demselben die Foederung für verabreichte Verpflegung strittig gemacht, doch unmöglich entschließen könne, zu dieser seiner Pfründgeberin zurückzukehren. Sie habe ihn zu sehr gekränkt und zu schlecht behandelt, als daß er wieder mit ihr unter einem Dache wohnen könne.

Das Amt ertheilte nun dem Bürgermeister v. T. den Auftrag, nicht allein selbst dem Bittsteller geeignete Vorstellungen zur Rückkehr zu seiner Pfründgeberin zu machen, sondern auch durch andere Personen, zu denen G. H. Vertrauen habe, solche machen zu lassen. Dies geschah, allein fruchtlos! Das Amt ließ deshalb beide Theile vor sich kommen und versuchte eine Vereinigung derselben. Allein obschon hierbei die Pfründgeberin selbst mit Bitten in ihn drang, zu ihr zurückzukehren, so blieben doch alle Vorstellungen ohne Erfolg. Eben so versuchte das Amt, die Sache durch einen Vergleich zwischen Pfründnehmer und Pfründgeberin beizulegen. Letztere zeigte sich auch hierzu bereitwillig, Ersterer wollte sich dagegen auch in dieser Beziehung zu nichts verstehen. Das Amt erkannte nun zur Beugung des Starrsinns des G. H. gegen denselben zuerst eine dreitägige Gefängnißstrafe und nach Erstehung dieser Strafe und nach Verlauf einiger Zeit abermals eine sechstägige, und als nach Erstehung dieser Strafen eine nochmals versuchte Vereinigung mißlang, willfahrte dasselbe endlich dem wiederholten Antrage auf Auflösung, durch Erkenntniß vom 12. August l. J., wodurch ausgesprochen wurde:

„Daß der unterm 22. Februar 1831 zwischen G. H. und den J. G. E.'schen Eheleuten abgeschlossene Verpfründungsvertrag wegen Unverträglichkeit des Pfründnehmers aufzulösen, Ersterer aber in die Kosten zu verfällen sei."

Der Pfründgeberin wurde dabei überlassen, ihre Entschädigungsansprüche, sofern ihr solche strittig gemacht werden sollten, im Rechtswege geltend zu machen.

Gegen dies Erkenntniß ergriff die Pfründgeberin abermals den Recurs an die Kreisregierung. Hier bekam ein anderer Referent, als der frühere, die Sache zum Vortrag. Er stellte eine von der in dem frühern Erkenntnisse ausgesprochenen zum Theil abweichende Ansicht auf, welche auch das Collegium annahm, und welcher gemäß nachstehendes abändeendes Erkenntniß unterm 18. October 1836 erlassen wurde:

„Nach L. R. S. 1983 i., vgl. mit §. 23 des Gesetzes vom 25. September 1807, Rggsbl. v. J. 1808 Nr. X, kann ein Verpfründungsvertrag wegen Unverträglichkeit zwischen Pfründgeber und Pfründnehmer in dem Falle aufgelöst werden, wenn zwischen beiden solche Widrigkeiten sich erheben, aus welchen öffentliche Unannehmlichkeiten hervorgehen, die nach fruchtlos versuchten gütlichen und ernstlichen Beseitigungswegen anders nicht zu heben sind. Dergleichen Widrigkeiten oder öffentliche Excesse sind aber in dem vorliegenden Falle nicht vorgekommen. Der Pfründnehmer hat im April 1834 das Haus der Pfründgeberin verlassen, ohne daß ihm, nach den übereinstimmenden Aussagen, sowohl der von seiner Seite, als der von der Seite der Pfründgeberin aufgerufenen Zeugen, ein Grund zur Beschwerde von letzterer gegeben, und ohne daß nach den amtlichen Acten ein öffentlicher Excess vorhergegangen war. Vielmehr geht aus den Zeugenaussagen hervor, daß er diesen Schritt lediglich deswegen gethan, weil es ihn reuete, den Verpfründungsvertrag abgeschlossen zu haben, ohne daß jedoch, wie schon bemerkt, die Pfründgeberin allenfalls durch Nichterfüllung der Vertragsbedingungen die Reue veranlaßt hat; sondern diese scheint lediglich in einer Sinnesänderung ihren Grund zu haben, weil nämlich der Pfründnehmer später einen Theil des den Pfründgebern zugewendeten Vermögens seinen übrigen Verwandten hätte überlassen mögen. Eine solche Reue kann aber, wenn sie von Seite des Pfründnehmers in dem Vertrag nicht ausdrücklich vorbehalten worden, was hier nicht geschehen ist, keinen genügenden Grund abgeben, den Verpfründungsvertrag, sei es nun im gerichtlichen, oder polizeilichen Wege, aufzulösen. Es war daher auch unter solchen Verhältnissen für die Polizeibehörde, deren Sache es wohl ist, die aus Verpfründungsverträgen hervorgehenden öffentlichen Unannehmlichkeiten zu beseitigen, die aber nirgends ein

Digitized by Google

Interesse dabei hat, ob der Pfründnehmer bei dem Pfründgeber wohnt und seine Verpflegung erhält, oder ob er Wohnung und Pflege bei einem Dritten empfängt, kein Grund vorhanden, in der Sache einzuschreiten. Sie kann ruhig zusehen, wenn der Pfründnehmer seine ganze Lebenszeit bei den Verwandten, wo er sich dermalen aufhält, zubringt. Sie hatte deshalb auch nicht Ursache, die Beugungsmittel, von denen der §. 24 des Gesetzes vom 25. September 1807 spricht, anzuwenden, weil nach dieser Gesetzesstelle solche nur zur Beseitigung der in §. 23 dieses Gesetzes bezeichneten öffentlichen Unannehmlichkeiten zur Anwendung zu bringen sind, nicht aber etwa zur Prüfung, ob die Reue über den abgeschlossenen Vertrag und der Vorsatz, denselben wieder aufzuheben, fest genug sind."

„Aus diesen Gründen findet man sich bewogen, das amtliche Erkenntniß vom 12. August l. J. dahin abzuändern, daß G. H. mit seinem Gesuch um Aufhebung des mit den J. G. E.'schen Eheleuten abgeschlossenen Verpfründungsvertrags im polizeilichen Wege abzuweisen und in die durch sein Gesuch veranlaßten Kosten zu verurtheilen sei."

II.

Rechtspracticanten als Richter.

Bei eingetretenen Vacanzen von Beamtenstellen pflegen bekanntlich in der Regel Rechtspracticanten zur provisorischen Aushülfe verwendet zu werden. Der Umfang der Befugnisse, welche ihnen in diesem Berufe zukommen, ist jedoch weder gesetzlich bestimmt, noch wird er in der Regel in den einzelnen Commissorialien angegeben, und es hat sich daher ziemlich allgemein die Meinung verbreitet, daß ein solcher Aushelfer durch sein Commissorium ganz und gar in die Stellung eines vom Souverän ernannten Beamten eintrete, mithin auch im Civilrechtsfach die volle Jurisdictionsgewalt erlange; und darauf hin erhält man Jahr aus Jahr ein von den verschiedenen Aemtern Decrete und Urtheile, welche ohne Mitwirkung eines beeidigten Richters von Rechtspracticanten erlassen und unterzeichnet sind, oft sogar ohne daß ihrer Unterschrift die Formel: aus Auftrag u. a. voransteht.

Diese Meinung ist aber gesetzlich nicht begründet, und wenn auch der Gegenstand durch die projectirte neue Gerichtsorganisation vielleicht seine Erledigung findet, so ist er doch bis dahin von so entschiedener practischer Bedeutung, daß eine allseitige genaue Prüfung, die ich durch diese Zeilen zu veranlassen hoffe, höchst wünschenswerth erscheint.

Die Frage, die ein mir vorgekommener Fall veranlaßt hat und auf deren Beantwortung ich mich beschränken werde, ist die:

Kann außer Sr. Königlichen Hoheit dem Großherzog irgend eine Behörde des Landes den Auftrag zur Ausübung bürgerlicher Gerichtsbarkeit einem Rechtspracticanten gültig ertheilen?

Das Org. Ed. v. 26. Nov. 1809 §. 2 scheint nun hierauf eine ziemlich bündige Antwort zu ertheilen, wenn es sagt:

„Alle Gerichtsbarkeit — wird künftig blos in Unserm Namen und aus Unserm Auftrag ausgeübt."

Allein man beruft sich gegen die hieraus abgeleitete Verneinung der aufgestellten Frage

I. Auf die bisherige Praxis. Dieses ist aber ein unhaltbares Fundament; denn sie ist A) nicht allgemein, indem sie nur bei den Bezirksämtern, also nur in der untersten Instanz Statt findet; B) um ihrer Autorität Eingang zu verschaffen, müßte man erst die angeführte Gesetzesstelle vollständig aus dem Wege geräumt haben; da es unbestritten ist, daß ein Gerichtsgebrauch gegen ausdrückliche Gesetze nicht bestehen kann.

Auf keinen Fall aber könnte man die mit dieser Praxis gewöhnlich verbundene Nachläßigkeit rechtfertigen, daß nicht einmal die Einwohner des Gerichtsbezirkes von der temporären Uebertragung der Richtergewalt auf einen Rechtspracticanten officielle Kunde erhalten, sondern ihnen überlassen bleibt, es aus der Abwesenheit des Richters zu folgern oder zu vermuthen, weil ausdrückliche Fragen über den Legitimationspunkt den temporären Richter leicht empfindlich machen können, — daß ferner der ernannte Substitut nicht auf seine neue Verrichtung beeidigt wird, während er doch nur als Actuar verpflichtet ist, — und endlich, daß in der Regel gegen die gesetzliche Vorschrift (P. O. §. 223) in solchen Fällen die Protocolle von der nämlichen Person niedergeschrieben und beglaubigt werden, die als Richter fungirt. Da die Ernennung der Rechtspracticanten in der Regel von den Amtsrichtern, in jedem Falle aber von Mandatarien des Großherzogs ausgeht, so beruft man sich ferner

II. Auf die Analogie des Mandats, in welchem für den Mandatar die Befugniß zur Substitution enthalten sei.

Allein dies ist A) eine petitio principii, weil a) die Zuläßigkeit analogischer Schlüsse vom Civilrecht auf staatsrechtliche Verhältnisse nicht so ausgemacht ist, — weil b) das Gesetz (Art. 1994) nur die Folgen einer ohne besondere Weisung vorgenommenen Substitution regulirt, woraus sich aber die vertragsmäßige Befugniß zur Vornahme einer solchen eben so wenig, als aus den gesetzlichen Bestimmun-

Digitized by Google

gen über die Folgen der negotiorum gestio das Recht eines Jeden zur ungeheißenen Geschäftsführung für Andere folgern läßt; weil c) ferner die Substitutionsbefugniß, mithin auch die Folgen einer sonst nicht verbotenen Substitution und Geschäftsführung des Mandatars durch einen Substituten in jedem Falle cessiren, wo der Mandant ein Interesse dabei hatte, daß der Mandatar selbst die übernommene Leistung vollführe (vgl. L. 8. §. 3 in f. D. mandati. 17. 1 und unten sub lit. C). Ein solcher Fall ist aber

B) hier in vollem Maße vorhanden, da der Regent, der sogar verpflichtet ist, die ihm beiwohnende richterliche Gewalt nur durch die zum Richteramt tüchtigsten Männer ausüben zu lassen, das höchste Interesse dabei hat, daß Diejenigen, die er als tüchtig anerkannt und angestellt hat, ihren Auftrag selbst ausrichten. Ein Rechtspracticant aber, so ausgezeichnet seine Eigenschaften auch seyn mögen, ist rechtlich betrachtet nur ein Lehling, was auch in der landesherrlichen Verordnung vom Jahr 1826, nach welcher sie unter der Aufsicht und Verantwortlichkeit der Beamten arbeiten sollen, klar anerkannt ist. — Seine Fähigkeit zur Ausübung richterlicher Gewalt wird juristisch erst durch ein landesherrliches Anstellungspatent constatirt.

Wenn nun aber nach dem eben Bemerkten die hier vertheidigte Ansicht im öffentlichen Interesse den Vorzug vor der bestrittenen verdient, so würde sie bei dem Mangel eines positiven Gesetzes (nach dem Axiom: salus publica suprema lex esto) gegen die angerufene Analogie aus dem Civilrechte den Ausschlag geben müssen, selbst wenn diese für die entgegenstehende Ansicht spräche.

Noch viel mehr ist dies der Fall, wenn sich nachweisen läßt, daß C) die Analogie des Mandats geradezu für meine Ansicht spricht. In privatrechtlichen Verhältnissen ist es in der Regel Sache des Gutfindens, ob A nur mit B, dem dominus mandans, oder statt dessen mit dem Mandatar C, oder ob er statt beider mit D, dem Substituten des C, sich in Rechtsverhältnisse einlassen will. Bestehen zwischen A und B schon Rechtsverhältnisse (z. B. eine obligatio), so kann zwar B in der Regel einen Vertreter für sich bestellen, den A, wenn er seine Vollmacht kennt, in dieser Eigenschaft anerkennen muß; allein wenn D in der Eigenschaft eines Substituten des Mandatars für den ursprünglichen Mandanten dem A gegenübertritt, da kann dieser nicht nur den Beweis der Substitution, sondern auch den Beweis der Befugniß des Mandatars zur Substitution verlangen, weil diese nicht schon im Mandat enthalten ist (arg. Art. 1994). Er kann sich dis dahin weigern, z. B. die Zahlung, die er dem A schuldig ist, an D zu leisten, wenn es auch ausgemacht ist, daß er liberirt wird, wenn A oder auch nur B die Zahlung durch D erhalten.

Wenn also im Civilrecht von der Zulässigkeit einer Substitution die Rede ist, so versteht es sich von selbst, daß man hiebei nur die Auslegung des zwischen A und B bestehenden Mandatsverhältnisses im Auge hat. Dritte berühret diese Frage nur in sofern, als sie sich mit dem Substituten eingelassen haben, ohne sich die Vollmacht des Mandanten zur Substitution vorlegen zu lassen, was sie als conditio sine qua non zu verlangen berechtigt waren. Ich fürchte nicht, daß der letzte Satz einer Einwendung unterliegen wird, da eine solche durch L. R. S. 1989. 1994. 1998 leicht widerlegt werden könnte.

Eben so ist, und kann nur das Verhältniß des Regenten zu dem von ihm ernannten Richter gemeint seyn, wenn die Analogie des Mandats in Bezug auf die aufgeworfene Frage gegen meine Ansicht angerufen wird. Nicht aber das Verhältniß zwischen dem Richter und seinem Substituten auf der einen, und den Gerichtsuntergebenen auf der andern Seite. In dieser letzteren Beziehung spricht die Analogie der aus dem Mandat entspringenden rechtlichen Folgen offenbar gegen die von mir bestrittene Ansicht, weil der Gerichtspflichtige, der das Recht hat, nur aus Auftrag des Regenten gerichtet zu werden, auch die Substitutionsvollmacht des landesherrlichen Beamten (die dieser aber nicht aufzuweisen vermag) zu sehen begehren kann, ehe er die Pflicht hat, sich dem substituirten Rechtspracticanten zu unterwerfen (über die prozessualischen Formen und Schwierigkeiten siehe Nr. 36 dieses Blattes).

Daß die Acte der Rechtspracticanten ebenfalls unter der Firma (man erlaube mir den Ausdruck, da ich keinen bezeichnenderen kenne) der moralischen Person, die der vom Großherzog ernannte Richter repräsentirt (z. B. des Bezirksamts) erlassen werden, daß die Urtheile in der nämlichen äußeren Form (z. B. im Kanzleistyl, auf lithographirten Kopfbögen, mit Nummern versehen) ausgehen, ist völlig gleichgültig; denn das Wesentliche, die Aechtheit, fehlt ihnen. Firma und nachgewiesene Berechtigung des Unterzeichners zum Firmiren müssen beisammen seyn, sonst liegt kein richterlicher Act vor.

Da übrigens das Verhältniß des Regenten, als Urquells der richterlichen Gewalt und als alleinigen Quells derselben zu den Unterthanen, von privatrechtlichen Verhältnissen darin verschieden ist, daß dem Staatsbürger nicht nur keine Wahl zwischen verschiedenen Inhabern (ursprünglicher) richterlicher Gewalt zusteht, sondern er sogar in so vielen Fällen gezwungen werden kann, vor den Richterstuhl zu treten, so ist dies ein weiterer Grund zur Bestärkung des unter Nr. 2 B Gesagten, und gegen die Connivenz des Regenten zu Substitutionen seiner Beamten.

Man beruft sich ferner

III. Auf das gemeine (römische) Recht, nach

Digitized by Google

welchem die jurisdictio von dem damit bekleideten Andern übertragen werden könne.

Allein da von der jurisdictio mandata in den Gesetzen ausdrücklich das Gegentheil steht, und da alle unsere Justizbeamten nur mandata jurisdictio haben, indem sie alle nur im Namen und aus Auftrag des Großherzogs (welchem allein jure magistratus oder proprio nomine die Richtergewalt zusteht, ob er sie gleich nur per mandatarios ausüben kann) fungiren, so spricht dies nicht gegen, sondern für meine Ansicht, und die gegentheilige ist daher nicht begründet, wenn sie nicht

IV. Auf positiven Gesetzen beruht. Dies ist aber nicht der Fall; denn kein Gesetz verleiht dem Richter das Recht, einen Rechtspracticanten zu substituiren.

Die Ernennung durch einen vorgesetzten Gerichtshof würde (in Ermangelung einer organisationsmäßigen Befugniß hierzu) noch aus dem weiteren Grunde unzulässig seyn, weil der Ernannte in diesem Fall nur commissarius seyn, den Parteien also die erste Instanz entzogen würde.

Die durch irgend eine Administrativstelle wäre es deshalb, weil alle Thätigkeit einer solchen im Justizfach nur nichtige Acte hervorbringen kann.

Selbst dem Justizministerium steht diese Befugniß nicht zu, weil sie ihm (Org. v. 1809 Beil. F, 38 v. u. w.) nicht übertragen ist, alle Vollmachten aber, namentlich im öffentlichen Recht, strenge zu interpretiren sind.

Die aufgeworfene Frage ist daher quoad legem latam zu verneinen. Nadler.

Anmerk. der Red. Ich bin mit dieser Ausführung, in so weit es die Uebertragung des Mandats betrifft, einverstanden, bin also auch der Meinung, daß der Richter keinen Rechtspracticanten substituiren könne, um statt seiner das Richteramt auszuüben. Aber ich bin nicht der Meinung, daß auch von keiner andern Behörde, sondern nur vom Regenten selbst, ein Amtsverweser aufgestellt werden könne, oder daß ein Amtsverweser nicht in demselben Umfange, wie der Beamte, dessen Stelle er verwaltet, richterliche Gewalt ausüben dürfe.

Der angeführte §. 2 des Organ. Edicts v. 26. Oktober 1809, wornach

> „alle Gerichtsbarkeit und polizeiliche Gewalt im Großherzogthum künftig blos im Namen und aus Auftrag des Großherzogs ausgeübt werden soll,"

dürfte hier nichts entscheiden, diese Gesetzesstelle bezieht sich vielmehr nur auf das Verhältniß zu den Mediatisirten, und nicht auf die Frage, ob der mit der Gerichtsbarkeit oder polizeilichen Gewalt begabte Beamte vom Regenten unmittelbar, oder nur durch dessen Behörden zu ernennen sei? — denn auch im letzteren Falle würde er die richterliche oder polizeiliche Gewalt immerhin nur im Namen und aus Auftrag des Regenten ausüben.

Also nicht der angeführte §. 2, sondern die Bestimmung des §. 38 V. u. §. 39 des Organ. Ed. Beilage lit. F, wornach der Regent die Anstellung der Beamten sich selbst vorbehalten hat, ist der Grund, aus welchem man sagen könnte, daß kein, nicht vom Regenten selbst ernannter, Richter Gerichtsbarkeit ausüben dürfte. Allein hinsichtlich der blos provisorischen Versehung einer Beamtenstelle ist eine andere Vorschrift gegeben, denn der §. 4 des Organis. Ed., Beilage lit. D, wo von der Unterordnung der Bezirksdiener (nach der Beilage C, insbesondere also der Bezirksamtmänner und Assessoren) unter die Kreisdirectorien die Rede ist, ermächtigt die Letzteren ausdrücklich,

> „die provisorische Vorkehr wegen Versehung unbesorgter weltlicher und geistlicher Dienste zu treffen,"

und zwar

> „unter Rücksprache mit den geeigneten Stellen,"

also, so weit es die Bezirksbeamten betrifft, unter Rücksprache mit den Hofgerichten.

Steht es hiernach den Kreisdirectorien (jetzt Kreisregierungen) zu, für erledigte Beamtenstellen Amtsverweser zu ernennen, so müssen diese die richterliche und polizeiliche Gewalt, welche organisationsmäßig der von ihnen verwalteten Stelle zukommt, eben so im Namen und aus Auftrag des Regenten und in demselben Umfange ausüben können, wie die Beamten, deren Stellen sie provisorisch verwalten.

D. R.

III.

Zu §. 673 Nr. 2, und 674 Nr. 3, 4 und 5 der Proz. Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Der §. 673 Nr. 2 schreibt vor:

> „Abgekürztes Verfahren findet Statt in Streitigkeiten über persönliche Verbindlichkeiten, deren Gegenstand ohne Einrechnung der Zinsen und Kosten den Werth von 100 fl. nicht übersteigt."

Sodann der §. 674:

Nr. 3. Mit dem Vortrag der Klage ist sofort die Beweisantretung zu verbinden.

Nr. 4. Ebenso hat der Beklagte mit der ersten Vernehmlassung auf die Klage zugleich den Beweis der Einreden und den Gegenbeweis anzutreten.

Nr. 5. Ebendasselbe gilt von dem Vortrag und Beweis der Replikn und Dupliken u. s. w.

Diese Sätze sind, wie die gerichtliche Praxis zeigt und aus mehreren, in den Annalen erschienenen, Aufsätzen hervorgeht, schon sehr verschieden angewendet worden.

Digitized by Google

Wenn man den Geiſt unſerer Prozeßordnung, welche mit wenigen Ausnahmen gewiß gut und muſterhaft iſt, — ſo wie den Zweck einer Prozeßordnung im Auge hat, nämlich Demjenigen, der in Güte zu ſeinem Recht nicht gelangen kann, mittelſt Zwangsrechts von Seiten des Staats durch die Juſtizbehörden dazu zu verhelfen, ſo glaube ich, daß es nicht ſchwierig ſeyn dürfte, in vorkommenden Fällen den Weg zu finden, der ſowohl den ſtrengen Formen des Prozeſſes, als zugleich dem materiellen Rechte entſpricht.

Der Grund obiger Vorſcheiſten des §. 673 und 674 der Prozeßordnung liegt wohl eines Theils darin, daß in geringfügigen Gegenſtänden, in ſogenannten Bagatellſachen, die Koſten nicht leicht den Werth der Hauptſache überſteigen, und andern Theils darin, daß ſie auch ſo ſchnell als möglich erledigt werden, damit z. B. arme Leute, bei denen jener Gegenſtand oft einen großen Theil ihres Vermögens ausmacht, nicht allzulange damit hingehalten werden.

Dieſe Gründe zu einer Ausnahme vom ordinären Verfahren ſind gewiß ſehr zu billigen. Wenn aber in der Wirklichkeit bei Anwendung des abgekürzten Verfahrens, wie ſchon oft geſchehen, das materielle Recht ſchwer verletzt worden, wenn dies abgekürzte Verfahren dem Einzelnen ſtatt einer Wohlthat eine drückende Laſt werden ſoll, ſo kann dies wahrlich im Sinne und Geiſte unſerer Prozeßordnung nicht liegen. Es klagt z. B. ein Vormund Namens ſeines Mündels gegen X auf Zahlung einer Zinsſchuldigkeit ad 99 fl. und ſchließt zum Beweiſe derſelben die öffentliche, vom Amtsreviſorat ausgefertigte Urkunde, oder eine beglaubte Abſchrift davon an; dem Anwalt des Beklagten fällt es aber ein, dem auftretenden Kläger ſeine Qualität als Vormund zu beſtreiten. Wenn nun der Richter deswegen, weil der Beweis über letzteren Umſtand in der Klage nicht angetreten worden, den Kläger mit ſeiner Forderung abweiſt *), ſo iſt dies wenigſtens in vielen Fällen eine unerhörte Härte. Ich führe nur den Fall an: Zwei Landleute wohnen in einem Dorfe zuſammen, dem einen iſt es aufs Beſte bekannt, daß der andere der Vormund ſeines Gläubigers iſt. Dieſer dachte nun nicht entfernt daran, daß ihm jener ſeine Vormundſchaftseigenſchaft beſtreiten wird, nichtsdeſtoweniger aber geſchieht es gegen Pflicht und alles Erwarten von Seite des Anwalts des Beklagten. Manche werden nun ſagen, der Vormund hätte ſich doch die Möglichkeit des Widerſpruchs auch in dieſem Punkte denken, und deshalb darüber Beweis anteeten ſollen, er veeſirt in culpa, und ſo mag er auch den ſelbſt verſchuldeten Schaden auf ſich leiden. Allein ich negire den Vorwurf einer culpa. Jeder Menſch kann nur verbunden ſeyn, ſich nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge zu richten, nicht aber nach dem außergewöhnlichen. Wie konnte es dem Vormund einfallen, Dinge, die dem ganzen Dorfe des Beklagten, und insbeſondere dem Beklagten ſelbſt, genau bekannt ſind, als eines Beweiſes bedürftig anzuſehen? Niemand wird ihm daher im Ernſt einen Vorwurf, daß er den Beweis darüber nicht angetreten hat, machen können und wollen.

So giebt es noch viele andere Fälle, wo man bei Anſtellung der Klage nicht im mindeſten daran dachte, und nach allem vernünftigen Ermeſſen daran nicht denken konnte, daß ſolches vom Beklagten beabredet werden würde. Soll nun deshalb die Klage verworfen werden und das materielle Recht des Klägers verloren gehen? — Oder will man etwa ſagen, der Richter habe noch ein Auskunftsmittel, wenn er die Klage nur angebrachtermaßen verwirft, ſo ſteht eines Theils entgegen, daß der §. 359 der Prozeßordnung, beſagend:

„die Klage findet angebrachteemaßen nicht Statt“

blos beim ſchriftlichen Verfaheen gilt, nicht aber beim abgekürzten, wo Mündlichkeit die Regel bildet (§. 674 Nr. 1) und der Richter vielmehr ſich nach §. 248 zu benehmen hat.

Dürfte man aber auch beim abgekürzten Verfahren jene Formel zur Anwendung bringen, ſo könnte wohl ſolches nur gleich am Anfang beim Uebergeben der Klage, und ehe der Beklagte gehört iſt, auf den Grund, daß in der Klage Mängel zu verbeſſern ſind, geſchehen. Wie ſchwierig iſt aber manchmal nicht, in dem einzelnen Falle zu beſtimmen, was in factiſcher Beziehung eines Beweiſes bedarf, und welche factiſche Anführungen in der Klage dennoch nicht zum Grunde der Klage gehören? Und ließe ſich dieſes auch Alles, was ich nicht gerade widerſpreche, ganz haarſcharf beſtimmen, ſo wird der Richter doch eines Theils zum Rathgeber des Klägers, indem er ihm ſeine Anſicht in den Entſcheidungsgründen kund geben muß, und andern Theils wird durch dieſen richterlichen Ausſpruch der Beklagte auf Punkte aufmerkſam gemacht, die ihm in ſeinem Leben vielleicht nie eingefallen wären, die er aber in gegenwärtigem Prozeſſe, wenn er ſeiner Zeit excipiren muß, ſo benutzt, daß des Klägers feſt gegründetes Recht dadurch oft verloren gehen kann.

Ganz daſſelbe würde eintreffen, wenn man dem Richter ſagen wollte, er ſolle ſich nach §. 248 und §. 338 richten, wo ihm aufgegeben iſt, das Mangelnde durch Fragen und Vorbeſcheide ergänzen zu laſſen. —

Zu all' dieſem kommt aber noch, daß die Beweisantretung in gar vielen Fällen Koſten verurſacht, die, wenn der Be-

*) In dieſem Falle wäre der Nachtheil nicht gerade groß. Wurde nämlich der Vormund nur darum abgewieſen, weil er nicht bewieſen habe, daß er der Vormund ſei, ſo iſt ja dem Mündel ſelbſt gar nichts abgeſprochen und in Beziehung auf ihn das Urtheil nach §. 92 Nr. 1 der Pr. O. unnachtheilig. Der Mündel könnte durch einen gehörig legitimirten Vertreter, namentlich durch denjenigen, der ſich als Vormund ausweiſt, wieder von Neuem klagen.

D. R.

Digitized by Google

klagte die factischen Anführungen der Klage einräumt, völlig unnütz sind.

Solche oft nicht geringe und zwecklose Kosten demjenigen, der nur eine Bagatellsache verfolgen will, zum Voraus, ehe er noch die Halle des Gerichtssaales betritt, zu verursachen, kann nun gewiß nicht im Geist und Sinn unserer wohl durchdachten Prozeßordnung seyn.

Was liegt aber darin?

Sie schreibt zwar allerdings vor, daß der Beweis mit der Klage gleich anzutreten ist, was auch der Kläger in den meisten Fällen gern thun wird, da ihm daran liegt, recht bald ein obsiegliches Urtheil zu erhalten; allein wenn die alsbaldige Beweisantretung nicht geschieht, so ist nirgends in der Prozeßordnung darauf der Verlust des Rechts selbst als Präjudiz ausdrücklich gesetzt, und es kann auch, wie ich gezeigt zu haben glaube, dieser Verlust vernünftigerweise nicht gesetzt seyn.

Zudem läuft durch unsere ganze Prozeßordnung die Regel durch, daß, wenn Jemand einen Rechtsnachtheil erleiden soll, dieser ihm zuvor angedroht seyn muß, vide. Prozeßordnung §. 253. 330. 331. 342. 343. 367. 393. Nr. 3. §. 415. 425. 653.

Wenn nun der Kläger seine Klage ohne allen, oder nicht vollständigen Beweis übergeben hat, und wenn der Beklagte die relevanten factischen Behauptungen der Klage nicht zugestanden hat, also nach der Vernehmlassung, wo man erst weiß, was in lite ist, muß meines Erachtens im Sinne und Geiste der Prozeßordnung dem Kläger noch nachgelassen werden, die erforderlichen Beweise beizubringen. Hierzu bedarf es aber keines Beweisinterlocuts, was in das schriftliche Verfahren übergienge *), und das der Kosten- und Zeiterspariß wegen — es entstünden wohl weitschichtige Verhandlungen — nicht zu wünschen ist. Vielmehr ist nur eine einfache richterliche Anweisung vonnöthen, wie dies auch der §. 295 der Prozeßordnung vorschreibt mit den Worten:

> „der Richter ist verpflichtet, die Parteien in der Tagfahrt auf die Rechtsnachtheile des Unterlassens der Vertheidigungshandlungen aufmerksam zu machen."

Also in der Tagfahrt, d. h. in der ganzen Tagfahrt, bis Vormittags 12 Uhr, oder bis Abends 6 Uhr (§. 229 der Prozeßordnung), muß der Richter dies thun, ohne Unterschied, ob die Klage angestellt und bereits vom Beklagten darauf seine Vernehmlassung vorgebracht worden, oder nicht, mithin auch noch nach erfolgter Vernehmlassung muß die richterliche Anweisung erfolgen; und in der Natur der Sache liegt es wohl auch, daß er nöthigenfalls dem Kläger zur nachträglichen Beweisantretung eine kurze Frist anberaumt *), unter Androhung des Ausschlusses mit allen innerhalb derselben abermals nicht beigebrachten oder vorgeschlagenen Beweismitteln.

Man wende mir nicht ein, im abgekürzten Verfahren ist Alles in Einer Tagfahrt abzumachen, dies steht aber nirgends, — der §. 674 Nr. 7 befiehlt nur, daß die richterlichen Beschlüsse in derselben Tagfahrt zu erlassen sind. Daß die Fortsetzung der Verhandlungen nicht auch in einer spätern Verhandlung geschehen darf, sagt jener Paragraph nicht. Vielmehr geht aus dem Schlußsatze desselben hervor, daß dies bei zureichenden Gründen allerdings erlaubt ist. Ja in einzelnen Vorkommenheiten, z. B. wenn der Beklagte wahre Exceptionen, der Kläger wahre Repliken, d. h. neue Thatsachen vorbringt, worauf der Gegner lis contestiren muß, ist es oft, namentlich wenn Anwälte einander gegenüberstehen, rein unmöglich, Alles in Einer Tagfahrt zu beendigen, denn der Gegner hält gewöhnlich entgegen: „über dieses neue Vorbringen bin ich nicht instruirt, ich muß darüber Instruction einholen," und wer wird es ihm im Ernste verwehren wollen und können?!

Erst somit nach fruchtlosem Ablauf der anberaumten Frist wäre dann auf Anrufen des Gegentheils der Verlust des Beweismittels auszusprechen, und in der Hauptsache nach Lage der Acten zu erkennen.

So bestimmt es auch die Prozeßordnung §. 862 bei den gegen eine Gantmasse auftretenden Gläubigern, und die Vorschriften des Gantprozesses, wo bekanntlich auch abgekürztes Verfahren Statt findet, dürften, wenn auch obige Ausführung nicht richtig wäre, doch analogisch ohne allen Anstand auf vorwürfigen summarischen Gegenstand angewendet werden **), da sowohl der Zweck des abgekürzten

---

*) Dies wäre nicht gerade nöthig, denn auch beim mündlichen Verfahren (welches nicht blos im abgekürzten, sondern selbst im ordentlichen Prozesse nach §. 216 die Regel bildet) kommen Beweisinterlocute vor, und die Beweisantretung kann alsdann nach §. 407 mündlich zu Protokoll, statt in einem Schriftsatze, übergeben werden. D. R.

*) Wäre die Anweisung, daß und was der Kläger zu beweisen habe, mit einer Fristbestimmung dazu verbunden, so wäre sie von einem Beweisinterlocut, wie der §. 393 es allgemein bestimmt, in nichts mehr verschieden.

Anders ist es aber, wenn der Richter die Partei nach §. 295 hinsichtlich einer vom Gegner widersprochenen Thatsache nur auf die Nachtheile, die aus der Unterlassung der Beweisantretung entspringen, aufmerksam macht, und die Partei alsdann ohne desfallsige Anweisung um eine weitere Frist oder um Verlegung der Tagfahrt bittet, um den erforderlichen Beweis unaufgefordert selbst nachzutragen. D. R.

**) Der §. 862 (eigentlich ist der §. 864 gemeint) handelt speziell vom Gantverfahren, kann also nur auf dieses und nicht auf alle Arten des abgekürzten Verfahrens angewendet werden, da er sonst nicht in dem 41. Titel, sondern unter die allgemeinen Bestimmungen des §. 674 hätte aufgenommen werden müssen. D. R.

Im Eingange des §. 674 ist aber im Gegentheil ausdrücklich ge-

Digitized by Google

Verfahrens, als auch das materielle Recht, das doch vor Allem ins Auge zu faſſen iſt, erreicht wird.

Sollten aber gegen dieſe Anſicht ſich triftige Zweifel erheben und dieſelbe als nicht richtig erſcheinen, ſo wäre wenigſtens bei einer künftigen Reviſion der Prozeßordnung zu wünſchen, daß die §§. 673 und 674 dieſelben Beſtimmungen erhielten, wie die §§. 862 und 863 des Gantverfahrens, ein Verfahren überhaupt, das ſich unter dem vielen Guten der Prozeßordnung beſonders auszeichnet, und worin ich manche Doctrinen des trefflichen Lehrers Martin wiederzufinden glaube. Camerer.

IV.

Hofgericht am Unterrhein.

Entſchädigungsklage gegen einen Beamten.

Am 7. Juli 1835 wurde vom Anwalte der Franziska R. bei dem älteſten Hofgerichtsrath, als Richter erſter Inſtanz, gegen den Beamten R. folgende Klage erhoben:

Franziska R. ſei wegen Urkundenverfälſchung in Unterſuchung und Verhaft genommen worden. Ihre Tochter habe ſich über die Verhaftung beim Hofgerichte beſchwert und dieſes habe am 15. April (1835) verordnet, daß die Klägerin zu entlaſſen ſei, ſobald keine Colluſion davon zu befürchten wäre. Nach einem nochmaligen Verhöre (am 21. April) ſei die Freilaſſung am 25. April erfolgt.

Vor der Verhaftung habe die Klägerin eine Stelle als Haushälterin erhalten, welche ſie, wie ſie auch dem Unterſuchungsrichter angezeigt, am 20. April antreten ſollte. Durch die Verhaftung und die mit Unrecht geſchehene Verlängerung derſelben habe die Klägerin jene Stelle, welche ihr jährlich wenigſtens 570 fl. eingetragen und welche ſie bis an ihr Lebensende behalten haben würde, verloren.

Da ſich aus den Acten über die fragliche Unterſuchung ergebe, daß kein objectiver Thatbeſtand eines Vergehens vorgelegen habe, daß die Klägerin der Flucht nicht verdächtig geweſen ſei, daß eine Colluſion gar nicht habe eintreten und daß die Beendigung der Unterſuchung und die Freilaſſung der Klägerin vor dem 20. April habe erfolgen können, ſo ſei die Verhaftung unrecht geweſen und zur Ungebühr verlängert worden. Der Unterſuchungsrichter müſſe deshalb die Klägerin entſchädigen. Die Größe der Entſchädigung beſtehe im Erſatz des der Klägerin entgangenen Einkommens aus der verlorenen Dienſtſtelle. Es werde daher gebeten, zu erkennen:

„Daß der Beklagte (Unterſuchungsrichter) ſchuldig ſei, der Klägerin vom 20. April d. J. an bis zu ihrem Tode jährlich 550 fl., und zwar in Quartalraten, zu bezahlen.“

Der Richter erſter Inſtanz erkannte am 4. Auguſt 1835:

„Findet die Klage, unter Verfällung der Klägerin in die Koſten, noch zur Zeit nicht Statt.“

Auf die von der Klägerin an das Hofgericht ergriffene Berufung erfolgte am 14. März 1836 ein beſtätigendes hofgerichtliches Urtheil.

Entſcheidungsgründe.

In Erwägung,

1) daß die Klägerin eine Entſchädigung dafür begehrt, daß ſie der Beklagte, in ſeiner Eigenſchaft als Beamter, wegen Verdachts der Urkundenverfälſchung mit Unrecht verhaften ließ und der Verhaft zur Ungebühr verlängert worden ſei, dadurch aber die Klägerin einen einträglichen Dienſt verloren habe;

2) daß der Civilrichter nicht zu ermeſſen hat:

„Ob in einer Unterſuchungsſache die Verhaftung der, eines Vergehens verdächtigen Perſon nothwendig war, oder nicht,“

ihm daher auch kein Urtheil darüber zuſteht,

„ob im vorliegenden Falle die, gegen die Klägerin verhängte Verhaftung rechtmäßig geweſen,“

ſolches vielmehr nur von der, in Bezug auf Steuerſachen dem Beklagten vorgeſetzten Dienſtbehörde beſtimmt werden könnte;

3) daß die Klägerin nicht behauptete, daß die dem Beklagten in Steuerſachen vorgeſetzte Dienſtbehörde bereits ſich dahin ausgeſprochen habe:

„daß jene Verhaftung ungeſetzlich geweſen oder der Arreſt zur Ungebühr verlängert worden ſei und Beklagter hierdurch einer dienſtwidrigen Handlung ſich ſchuldig gemacht habe;“

4) daß dieſes jedoch zur Klagbegründung gehört hätte, weil die Legalität für jede Amtshandlung eines Beamten ſo lange ſpricht, als ſeine Dienſtbehörde ſie nicht für dienſtordnungswidrig erkannt hat;

5) daß daher, in Ermangelung jener zur Klagbegründung nothwendigen thatſächlichen Behauptung, die Ladung auf die Klage vom Unterrichter mit Recht verſagt wurde;

6) nach Anſicht des §. 169 der Prozeßordnung, hinſichtlich der Koſten, wurde ꝛc.

Die Klägerin ergriff noch das Rechtsmittel der Oberappellation. Es ergieng jedoch am 12. Juli 1836 von dem oberſten Gerichtshofe ein, die in den früheren Inſtanzen ertheilten Entſcheidungen beſtätigendes Erkenntniß.

Kirn.

ſagt, daß die Abweichungen, die „in den folgenden Titeln“ (alſo auch im Titel 41 über das Gantverfahren) vorgeſchrieben ſind, nur für die dort abgehandelten „beſondern Angelegenheiten“ gelten. D. R.

Hauptredacteur: Miniſterialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 49. Karlsruhe den 3. Dezember 1836.

I.

Hofgericht Rastadt.

Ueber die Bestrafung mehrerer Urheber an einer Zolldefraudation.

Es ist schon mehrmals dahier zur Speache gekommen, wie mehrere Urheber an einer Zolldefraudation, bezüglich der zu erkennenden Geldstrafen, zu bestrafen sind, und da neulich ein Amt zwei gemeinschaftliche Defraudanten zur gemeinschaftlichen Zahlung der einfachen Defraudationsstrafe, jeden zur Hälfte, unter solidarischer Verbindlichkeit verfällt hatte, so ergriff das Hauptzollamt dagegen den Rekurs und bat um Verurtheilung jedes der Defraudanten zur ganzen Defraudationsstrafe. Darnach ward auch erkannt und dabei von folgenden Gründen ausgegangen. Der §. 10 des Zollstrafgesetzes spricht schon davon, daß bei der von mehreren Personen gemeinschaftlich begangenen Defraudation neben der durch das Vergehen selbst verwirkten Strafe geeigneten Falls noch eine Gefängnißstrafe gegen jeden einzelnen Urheber zu erkennen ist, und da diese Gefängnißstrafe gegen jeden Einzelnen selbstständig eintritt und unter ihnen nicht getheilt wird, so folgt schon daraus, daß auch die eigentliche Defraudationsstrafe des §. 2 des Zollstrafgesetzes, die Geldbuße, selbstständig und ganz gegen jeden der Miturheber ausgesprochen werden muß. Dieses wird noch insbesondere durch den §. 6 bestätigt, denn da hiernach die Gehülfen und Begünstiger einer Defraudation mit der vollen Strafe der betreffenden Defraudation belegt werden müssen, also selbstständig zur ganzen Geldbuße zu verurtheilen sind, so müssen a potiori die Miturheber zum wenigsten mit der gleichen Strafe belegt werden, weil sie niemals eine geringere Strafe erhalten können, als die Gehülfen und Begünstiger des Vergehens. Es stimmt dieses auch mit den Grundsätzen des gemeinen Strafrechts überein, denn da der Miturheber eines Vergehens als eine selbstständige Person betrachtet wird, welcher Alles gethan hat, damit ein Vergehen, so wie es zur Bestrafung vorliegt, begangen worden ist, so ist er auch mit der durch das Vergehen verwirkten Strafe selbstständig zu belegen, und wenn er nun noch andere Personen neben sich hat, welche gleichmäßig das Vergehen verübt haben, so kann ihm deren ebenmäßige Bestrafung seine Strafe nicht mindern, indem sonst die Zusammenrottung zur bessern Ausführung eines gemeinschaftlichen Vergehens in der geringern Bestrafung der einzelnen Verbrechee eine Prämie erhielte und weniger bestraft würde, als das Verbrechen des Einzelnen, während die Criminalpolitik vielleicht eher eine härtere Bestrafung der Gesellschaft eines Vergehens anrathet. Auch unsere Partikularstrafgesetzgebung geht im §. 78 des Strafedicts von den nämlichen Grundsätzen da aus, wo sie die zu einem Diebstahl Verbundenen zur gleichen Strafe nach dem ganzen Betrag der die Strafe bestimmenden Diebstahlssumme je einzeln verurtheilt, und wenn sie hiervon für den Fall eine Ausnahme macht, wo sich die Diebe nue zufällig zusammengefunden haben, und es alsdann jeden nur nach dem bestraft, was er aus dem Diebstahl als Gewinn bezogen hat, so betrachtet sie diesen Fall eben wegen des Mangels einer vorausgehenden Verabredung zu dem Diebstahl nicht als ein Komplott zur Begehung eines Verbrechens, sondern nue als ein zufälliges Zusammentreffen mehrerer Verbrecher, wo jeder darnach bestraft wird, was er selbst in dem zu bestrafenden Verbrechen selbstständig verübt hat. Eben deshalb möchte ich auch die Bestimmung des §. 10 des Zollstrafgesetzes, wo es von der Verbindung für einen einzigen Fall, in Folge eines zufälligen Zusammentreffens, spricht, nicht so auslegen, wie es in dem Bericht der II. Kammer übee das Zollstrafgesetz vorgeschlagen wird, daß man nämlich wechselseitige Hülfeleistung zur Erreichung der Defraudation ansordeet. Die Hulfeleistung ist an und für sich nue eine Theilnahme, und wenn sie nur in Folge eines zufälligen Zusammentreffens geschieht, so kann man nicht einmal immer die Strafe dee Defraudation nach §. 6, nie aber die Gefängnißstrafe des §. 10 aussprechen, und nähme man also die Erklärung des §. 10 nach dem Bericht der II. Kammer an, so würde man sich in der Lage finden, manchmal sogar die bedeutende Gefängnißstrafe des §. 10 aussprechen zu müssen, und damit noch weiter zu gehen, als das Gesetz ge-

Digitized by Google

bietet und will. Nicht in der Hülfeleistung zu einer Defraudation, sondern in der absichtlichen Verbindung zu derselben liegt das Criterium der Strafe des §. 10, und um sie aussprechen zu können, muß erwiesen seyn, daß die angeschuldigten Personen gegenseitige Kenntniß von der Defraudation hatten, solche wissentlich bezweckten und dabei gemeinschaftlich thätig waren. Ob sie nun lange vorher die Defraudation förmlich verabredet, oder sich nur zufällig getroffen und dabei alsbald zu einer gemeinschaftlichen Defraudation sich vereinigt haben, ist gleichgültig, denn es genügt, daß bei Ausführung der Defraudation selbst eine gegenseitige Wissenschaft, ein gemeinschaftlicher Zweck und eine beschlossene Verbindung dazu bestand.

In sofern übrigens die gemeinschaftlichen Defraudanten je einzeln zur vollen Defraudationsstrafe verurtheilt werden, so bleiben bei ihnen, wie nach §. 6, die individuellen Rückfälle auch besonders bestehen, und eben weil ihre Strafe eine selbstständige ist, so kann auch gegenseitig unter ihnen eine solidarische Verbindlichkeit für die Strafen der Einzelnen nicht bestehen. Die bei den Defraudationen auszusprechende Nachentrichtung des defraudirten Gefälls ist aber keine Strafe, sondern nur Schadenersatz, diese Nachentrichtung wird daher nur einmal ausgesprochen und unter den mehreren Urhebern nach Köpfen vertheilt, doch sind sie dafür nach L. R. S. 1382 d. in sofern sammtverbindlich, als sie bei der Defraudation vorsätzlich handelten. Sander.

II.

Rechtsfälle aus der Errungenschaftsgemeinschaft; zur Erläuterung der Art. 1498. 1499. 1521 a. unseres Landrechts.

Durch eine mehrjährige Erfahrung habe ich mich überzeugt, daß die Bestimmungen der L. R. S. 1498, 1499 und 1521 a. von Theilungs- und manchen richterlichen Behörden verschiedenartig ausgelegt und angewendet werden, daß dadurch häufig große Nachtheile für den einen oder den andern der in einer solchen Gemeinschaft lebenden Ehegatten entstehen. Zum Beweis führe ich von den vielen mir bekannten Fällen nur zwei auf.

In dem einen vorgekommenen Falle hatten sich zwei Eheleute im Jahr 1822 verheirathet, in dem Ehevertrag war die Errungenschaftsgemeinschaft bedungen, die Gemeinschaft wurde durch den Tod der Frau aufgelöst, und bei der hierauf vorgenommenen Vermögensbeschreibung und Abtheilung, der Frau ihre beigebrachten Fahrnisse und Forderungen, nach dem Werth des auf Absterben ihres ersten Ehemannes im Jahr 1819 errichteten Inventars, rückersetzt, und zwar im Geldwerth, als eine Forderung an die Gemeinschaft, obschon die beigebrachten Fahrnisse, mit Ausnahme einiger wenigen verbrauchten, vorhanden und ihre beigebrachten Forderungen theils noch existirten, aber unbeibringlich, theils in Ganten verloren gegangen waren. Eine Folge des Rückersatzes des eheweiblichen Beibringens nach dem Geldwerthe war, daß eine bedeutende Einbuße entstand und nach erfolgter Entschlagung der Gemeinschaft von Seiten der Erben der Frau das in 2200 fl. bestehende Beibringen des Wittwers zur Ergänzung des rückgeforderten Beibringens der Frau unzureichend war, so daß sich der Wittwer an dem von seiner Frau in dem Ehevertrag ausgesetzten Vertragsvermächtniß noch weitere 600 fl. abziehen lassen mußte.

In dem zweiten mir vorgekommenen Falle machten die Gläubiger eines in Gant gerathenen Ehemannes, der ebenfalls die Errungenschaftsgemeinschaft eingegangen und 900 fl. baares Geld beigebracht hatte, auf das liegende und fahrende Beibringen der Frau, das sich bei Ausbruch der Gant auf 5500 fl. belief und als Eigenthum der Frau durch ein Beibringensverzeichniß genau erwiesen war, Anspruch, indem sie behaupteten, die Frau könnte nicht mehr als 500 fl. ansprechen, indem ihr Vermögen, das sie am Tage des Abschlusses der Ehe besaß, nach Abzug der hierauf haftenden Schulden nur 500 fl. rein betragen habe. Der Gantrichter theilte die Ansicht der Gläubiger und erklärte das Beibringen der Frau zur Gantmasse ihres Mannes gehörig, obschon der Ehevertrag auch nicht ein Wort enthielt, daß das Beibringen der Frau in das Eigenthum des Mannes übergehen solle. Nach dieser gesetzwidrigen Ansicht des Gantrichters würde die Frau ihr ganzes Vermögen einbüßen, allein sie wird in der bei dem Obergericht gegen diesen gravirenden Bescheid einzureichende Appellationsrechtfertigungsschrift genügend darthun, daß die Gläubiger, resp. die Gantmasse ihres Ehemannes, keine Eigenthumsansprüche auf ihre vorhandenen Liegenschaften und Fahrnisse machen können, daß diese ihr Eigenthum verbleiben unter der Verbindlichkeit, ihre beigebrachten und noch existirenden Schulden, im Betrage von 1644 fl., und die Hälfte an den Gemeinschaftsschulden mit 865 fl. aus ihrem Vermögen zu bezahlen.

Bei Auflösung einer Errungenschaftsgemeinschaft wird sehr häufig von Theilungsbehörden das jedem Ehegatten zustehende Beibringen an Liegenschaften zum Voraus zugeschieden, dagegen aber die beigebrachten Fahrnisse und Forderungen, ohne Unterschied, ob solche noch vorhanden sind, oder nicht, im Werth des Beibringensverzeichnisses in Geld angenommen und so als eine dem betreffenden Ehegatten an die Gemeinschaft zustehende Forderung auf Rückersatz behandelt; dadurch wird oft die Gemeinschaft widerrechtlich mit Ersatzforderung belastet und ein oder der andere Ehetheil bereichert sich auf Kosten derselben, besonders wenn die Fahrnisse im Beibringensverzeichniß hoch angeschlagen und

Digitized by Google

von den beigebrachten Forderungen mehrere ungiebig, oder im Ganten verloren gegangen sind, wofür wahrlich die Gemeinschaft nicht ersatzpflichtig ist, da Verringerungen des Werthes der Fahrnisse und Verluste an Forderungen nur den Ehetheil, der sie beibringt, treffen können.

Der Grund, weswegen man oft der Gemeinschaft solche Ersatzleistungen aufbürdet, mag wohl in der Fassung des Art. 1498 Abs. 2 und 1499 liegen, indem der erste nur von der Theilung des Vermögens spricht, der letztere aber das Wort Einbringen gebraucht, worunter man allerdings nur solche Güter versteht, die in die Gemeinschaft fallen.

Der Art. 1498 bestimmt gleichsam in einer Art negativer Fassung, was nicht zur Errungenschaft gehören soll, indem er alles das voraussetzt, was in Bezug auf die Artikel über gesetzliche Gütergemeinschaft bestimmt ist, denn die Errungenschaftsgemeinschaft ist einer von denjenigen Verträgen, durch welche die gesetzliche Gütergemeinschaft theils eine Erweiterung oder Beschränkung erleidet, und ist den Regeln der gesetzlichen Gemeinschaft für alle Fälle, welche durch den Heirathsvertrag nicht abgeändert wurden, untergeordnet. Mit Stillschweigen übergeht der Art. 1498 die Liegenschaften, da schon im Art. 1404 bis 1409 über sie gesprochen ist, und ihre Schulden, als eine Nebensache, die keiner weitern Bestimmung bedurften, da dieselben durch den Art. 1409 et seq. ihre Erledigung erhielten. Die Fahrnisse, worunter auch die beigebrachten Forderungen begriffen sind, dürfen nicht in die Gemeinschaft, resp. Errungenschaft fallen, sonst würde sich die Errungenschaft in die gesetzliche Gemeinschaft auflösen, indem der Art. 1401 Abs. 1 durch den Art. 1498 Abs. 2 und 1499 beschränkt wird und die den Fahrnissen anklebenden Schulden durch den Art. 1498 Abs. 1 gleichfalls ihre Bestimmung erhalten.

Der zweite Theil des Art. 1498 bestimmt dasjenige, was den eigentlichen Bestand der Errungenschaft ausmacht und es enthält der Art. 1401 Nr. 3 und 1402 die eigentliche Bestimmung über Liegenschaften, der Art. 1401 Nr. 1, 1498 Abs. 2 und 1499 über Fahrnisse, und der Art. 1401 Nr. 2, wohin nämlich die Nutzungen des ausgeschlossenen Vermögens und dasjenige gehört, was durch den Fleiß und die Thätigkeit der Ehegatten erworben wird, ferner der Art. 1409 Abs. 2, 3, 4, 5 und Art. 1419 und 1420 über die hieher gehörigen Schulden.

Das was in den Art. 1421 bis 1441 über die Verwaltung der Gemeinschaft und den Einfluß der Handlungen der Ehegatten auf solche gesagt ist, findet auch hier nach dem einflußreichen Art. 1528 seine volle Anwendung mit dem, daß, so oft darin über Liegenschaften gesprochen wird, ein Gleiches von dem eigenen Mobiliare der Eheleute gelte.

Wird die Errungenschaftsgemeinschaft durch einen von den im Art. 1441 enthaltenen Fällen aufgelöst, so wird das zu errichtende Vermögensverzeichniß zwei Hauptabtheilungen in sich fassen:

A. Vermögen.

B. Schulden.

Das Vermögen bildet drei Unterabtheilungen:

1) Liegenschaften: a) vom Mann, b) von der Frau, c) der Gemeinschaft.

2) Fahrnisse: a) vom Mann, b) von der Frau, c) der Gemeinschaft.

3) Forderungen: a) vom Mann, b) von der Frau, c) der Gemeinschaft.

Die Schulden werden gleichfalls in 3 Abtheilungen gebracht: a) vom Mann, b) von der Frau, und c) von der Gemeinschaft.

Die in gehöriger Form bewährten Vermögensverzeichnisse werden die Nachweise des Beibringens und des Eigenthums der Ehegatten an den Gütern, eben so an den Schulden, liefern, auf deren genaue Prüfung man den möglichsten Fleiß und Genauigkeit wenden muß, da sie zugleich auch die Grundlage der Ersatz- und Vergütungsberechnung bilden.

Hat man

1) die Ansprüche, welche der eine oder andere Ehegatte wegen seines eigenen Vermögens an die Gemeinschaft, z. B. wegen verkaufter Liegenschaften, verbrauchter oder verkaufter Fahrnisse, eingezogener Forderungen ꝛc. an die Gemeinschaft, und

2) jene, welche die Gemeinschaft an das eigene Vermögen des einen oder des andern Ehegatten, z. B. wegen bezahlter Schulden ꝛc., zu machen berechtigt ist, genau erhoben und berechnet, so kann

I. das Active der Errungenschaft genau hergestellt werden und wird je nach den Fällen bestehen in dem Erwerb:

1) von Liegenschaften, 2) von Fahrnissen, 3) von Kapitalien und Zinsen derselben, 4) aus den Forderungen an den Mann und die Frau nach den unter Ziffer 2 angeführten Beispielen.

II. Das Passive der Errungenschaft wird enthalten:

1) die während der Ehe contrahirten Schulden nebst Zinsen, 2) die rückständigen Zinsen von den eigenen Schulden der Eheleute, die Forderungen der Ehegatten wegen ihres veräußerten Beibringens ꝛc.

Hat sich durch die Vergleichung des Passiven mit dem Activen eine Errungenschaft (ehelicher Erwerb) ergeben, so wird jedem Ehetheil, nach Annahme der Gemeinschaft von Seiten der Frau oder ihrer Erben, die Hälfte zugeschieden; zeigt sich hingegen eine Einbuße, so kann sich die Frau oder ihre Erben allerdings der Gemeinschaft entschlagen, denn nach dem bereits allegirten Art. 1528 kommen alle Sätze der gesetzlichen Gütergemeinschaft, sohin auch die Art. 1433 bis 1467, in so weit zur Anwendung, als sie nicht durch die

Digitized by Google

Natur der Errungenschaftsgemeinschaft oder besondere gesetzliche Bestimmung beseitigt werden, und es trägt alsdann der Mann, dem der Bestand der Gemeinschaft überwiesen wird, die Einbuße ganz allein, und die so von der Beitragspflicht zu den Gemeinschaftsschulden befreite Frau erhält ihre Liegenschaften, Fahrnisse, ihre Forderungen nebst den ihr aus der Gemeinschaft gebührenden Vergütungen zurück, mit der Verbindlichkeit, ihre beigebrachten, noch existirenden Schulden und dasjenige, was sie der Gemeinschaft schuldet, zu zahlen. Es finden hier die Art. 1289, 1471, 1472, 1473, 1494 und 1495 ihre Anwendung; reicht aber das Gemeinschafts- und eigene Vermögen des Mannes zur Deckung der Gemeinschaftsschulden nicht hin, dann hat die Frau nach der singulären Bestimmung des L. R. S. 1521 a. E. das Fehlende bis zum Betrag der Hälfte an den Gemeinschaftsschulden zur Zahlung zu übernehmen, jedoch kann sie ihre etwaigen Forderungen, die sie an die Gemeinschaft zu machen hat, mit in Anrechnung bringen. Besch (Th. Komm).

III.

Hofgericht Rastadt.

Ueber die Vollendung der Accisedefraudation durch einen Wirth.

Ein Wirth in Bruchsal wurde als Defraudant denuncirt, weil er Nachts 11 Uhr aus dem Keller eines Weinproducenten den von ihm gekauften Wein auf die Straße vor das Haus des Verkäufers habe wälzen lassen, weshalb auf den Grund der Finanzministerialverordnung vom 27. Juni 1826 im Regbl. 1826 Nr. 17 um Bestrafung gebeten wurde. Das Oberamt erkannte auch die betreffende Defraudationsstrafe, allein auf ergriffenen Recurs ward das Urtheil abgeändert und der Angeschuldigte freigesprochen.

Man erwog nämlich: Es ist richtig, daß die Verordnung vom 27. Juni 1826 die Defraudationsstrafen des §. 100, 101 der Accisordnung und des §. 15 der Ohmgeldsordnung schon da eintreten läßt, wo von einem im Orte abgefaßten Wein nicht schon vor der Abfassung des Weins im Keller die Anzeige bei dem Accisor gemacht wird, und da in jener Verordnung ausdrücklich von der Abfassung des Weins im Keller gesprochen wird, so läßt sich nicht verkennen, daß die Herauswälzung des abgefaßten Weins aus dem Keller und bis auf die Straße, als die von der Verordnung verbotene Abfassung des Weins im Keller, ohne vorgängige Anzeige an den Accisor, angesehen werden muß. Allein nach dem §. 100 der Accisordnung v. J. 1802, der erläuternden Verordnung vom 16. September 1812. Regbl. 1812. S. 201, Art. 3. 15 der Ohmgeldsordnung, und des diese letzten Gesetzesstellen abändernden Gesetzes vom 22. Juni 1826. Regbl. 1826, Nr. 17, welches nach Regbl. 1828. S. 81 die Zustimmung der Stände erhielt, also definitive Gesetzeskraft hat, ist der Wein beziehende Wirth nur dann als Defraudant anzusehen, wenn er ohne Herbeirufung des Accisors den Wein einlegt, oder auch nur die Fässer abladet. In sofern nun die Verordnung vom 27. Juni 1826 die Vollendung der Defraudation auf einen frühern Zeitpunkt, und zwar schon auf die Abfassung des Weins in dem Keller des Verkäufers setzt, ist diese Verordnung gegen das, keinen Unterschied zwischen dem im Ort oder auswärts angekauften Wein machende Gesetz vom 22. Juni 1826 eine Abänderung desselben, und da sie nun nicht in der Form erlassen wurde, welche zur Wirkung und Kraft der Gesetze erforderlich ist, und nicht einmal selbst die Absicht der Abänderung des Gesetzes vom 22. Juni 1826 zu erkennen giebt, so kann ihr um so weniger eine den Richter bindende Gesetzeskraft ertheilt werden, als auch bei der Zustimmung der Stände zu dem Gesetz vom 22. Juni 1826 im J. 1828 nirgends von einer Zustimmung zu der Verordnung vom 27. Juni 1826 die Rede war. Ueberdies hat auch die Steuerdirection durch ein Generale vom 23. Januar 1827. Nr. 2013 (Verordnungsblatt von 1827, Nr. 2, S. 18) zur Beseitigung von Mißverständnissen selbst anerkannt, daß die Verordnung vom 27. Juni 1826 nur die Publication einer Verordnung vom 8. Juni 1826 bezwecke, und da nun diese Verordnung früher ist, als das prov. Gesetz vom 22. Juni 1826, so kann sie in keiner Weise dieses spätere Gesetz abändern. Es bleibt daher dabei, daß für die, Wein im Wohnort beziehenden Wirthe, abgesehen jedoch von dem, eigenen Bestimmungen unterliegenden, Bezug von Weinhändlern, nur das Gesetz vom 22. Juni 1826 die Vorschriften für die Vollendung der Defraudationen ertheilt, und daß die Verordnung vom 27. Juni 1826 keine Berücksichtigung erhalten kann.

Uebrigens sind in kurzer Zeit zwei auf die Verordnung vom 27. Juni 1826 gestützte Denunciationen vorgekommen, so daß es wünschenswerth erscheint, daß die Verordnung vom 27. Juni 1826 auf irgend eine Weise vollständig zurückgenommen wird, denn sonst verführet sie nur die Accisebeamten zu erfolglosen Denunciationen, indem sich nur schwer ein Richter finden wird, der dieser Verordnung Gesetzeskraft beilegt. Sander.

IV.

Curiosum.

In Sachen K. gegen D. wurde vom Kläger der ihm auferlegte Beweis durch Zeugen und Eideszuschiebung angetreten. Nachdem der Beklagte zur Erklärung über diese Beweismittel und Annahme des Eides aufgefordert worden war, deducirte der Anwalt des Beklagten, daß der Zeugenbeweis unzulässig sei, und zog dann in Bezug auf die Eidszuschiebung den Schluß:

„der zugeschobene Eid ist daher unzulässig, da Kläger nichts bewiesen hat." Kirn.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. Nro. 51. Karlsruhe den 17. Dezember 1836.

I.

Ueber die Zuständigkeit der Bürgermeisterämter bei geringfügigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Kürzlich wurde von den Hofgerichten ein Erlaß des Großh. Justizministeriums vom 18. October dieses Jahres bekannt gemacht, welcher so lautet:

„Man hat wahegenommen, daß die Aemter aus dem Umstande, daß die den Staatsdienern, Geistlichen, Gelehrten u. s. w. im §. 20 des sechsten Const. Edicts zugestandene Kanzleisässigkeit durch das Organ. Edict von 1809, lit. C. §. 10 und durch die Verordnungen vom 8. Juni 1810, Rggsbl. Nr. 25 und vom 21. März 1812, Rggsbl. Nr. 14, vorbehaltlich der in der letzteren Verordnung unter III. 7—10 gemachten wenigen Ausnahmen, aufgehoben wurde, zum Theil die Folgerung ziehen, als ob die genannten Personen, bezüglich auf Streitigkeiten bis zu 5 fl. auf dem Lande, und 15 fl. in den Städten, nunmehr der Gerichtsbarkeit der Bürgermeister unterworfen seien. Erwägt man jedoch, daß sich die Gerichtsbarkeit der Bürgermeister nach den ausdrücklichen Bestimmungen des §. 20 des sechsten Const. Edicts nur auf staatssässige Individuen erstreckt, zu welchen Staatsdiener, Geistliche, Gelehrte u. s. w., dem nämlichen §. 20 gemäß, nicht gehören, und daß diesen Personen die Amtssässigkeit nirgends entzogen ist, so zeigt sich jene Folgerung keineswegs als eine richtige, und ergiebt sich vielmehr, daß Staatsdiener, Geistliche, Gelehrte u. s. w. auch in Beziehung auf Streitigkeiten in dem angefüheten Betrage nicht unter der Gerichtsbarkeit der Bürgermeister, sondern jener der Aemter stehen."

Vergleicht man nun die in obiger Belehrung angeführten Gesetzesstellen allein, so scheint dadnech die vom Großh. Justizministerium ausgesprochene Ansicht vollkommen gerechtfertigt. Da ihr jedoch die bisherige Praxis — wenigstens die der dabei am meisten betheiligten Aemter — und überdies hinsichtlich ihrer Befolgung mancher erhebliche Anstand entgegensteht, so ziemt sichs wohl, die Frage aufzuwerfen, ob jene Ansicht auch wirklich in den Gesetzen begründet ist.

Diese Frage dürfte aber bei näherer Untersuchung zu verneinen seyn.

Die entscheidenden Gesetze sind nämlich folgende:

1) Die §§. 4 (5 a.) und 5 des zweiten Const. Edicts von 1807, worin das sogenannte Vermittelungsrecht der Ortsvorstände in Streitigkeiten zwischen Ortsangehörigen bei Sachen bis zu 12, resp. 18 fl., bestimmt ist.

2) Der §. 20 des sechsten Const. Edicts, worin der Unterschied zwischen Staatssässigkeit, Amtssässigkeit und Schrift- oder Kanzleisässigkeit festgesetzt ist.

3) Die Organisation von 1809, Rggsbl. Nr. 49, nämlich:

a) Der §. 4, welcher besagt:

„Der privilegirte Gerichtsstand, der bisher einzelnen Klassen von Unterthanen und Einwohnern unserer Lande zukam, hört künftig, rücksichtlich der zum Civilstande gehörigen Personen, unter den in den Beilagen dieses Edicts enthaltenen Bestimmungen, auf. Nur dem Militärstande bleibt derselbe, wie vorher."

b) Der §. 17, welcher besagt:

„Alle in den bisherigen Organisations- und Constitutionsedicten, auch anderen Landesgesetzen enthaltenen Verordnungen, welche diesem Edict und seinen Beilagen entgegenlaufen, werden hiermit aufgehoben."

4) Die Beilage B. hierzu, Rggsbl. Nr. 51, insbesondere §. 7 d, welcher so lautet:

„Der Ortsvorgesetzte hat Streitigkeiten, welche auf dem Lande nicht über 5 fl., und in Städten nicht über 15 fl. betragen, zu entscheiden."

5) Endlich die in dem Erlaß des Großh. Justizministeriums selbst angeführten späteren Gesetze, welche sich hauptsächlich auf die Kanzleisässigkeit beziehen.

Die unter 4 und 5 bezeichneten Gesetze scheinen für die Verneinung der aufgestellten Frage entscheidend, indem darin mit klaren Worten gesagt ist, daß jeder privilegirte Gerichtsstand, also auch die Amtssässigkeit der Staatsdiener ꝛc. in geringfügigen Sachen, mit alleiniger Ausnahme eines ein-

Digitized by Google

zigen, aufhöre, und jedes entgegenstehende frühere Gesetz, also auch §. 20 des sechsten Const. Edicts, aufgehoben seyn solle. Die unter 5 bezeichneten Gesetze ändern hieran nichts ab.

Wollte man entgegnen, die Amtssässigkeit sei kein privilegirter Gerichtsstand und der Bürgermeister habe gar keine eigentliche Gerichtsbarkeit, sondern nur ein Vermittelungsrecht, so ist zu erwiedern, daß das unter 4 erwähnte Gesetz, welches den ganzen Geschäftskreis des Ortsvorstandes festsetzt, demselben ganz allgemein ein Entscheidungsrecht in den dort bezeichneten Streitigkeiten, also eine eigentliche Gerichtsbarkeit, ertheilt; daß dasselbe mit §. 17 des unter 3 angeführten Gesetzes in Verbindung steht; und daß endlich das Großh. Justizministerium selbst in dem betreffenden Erlaß dem Bürgermeister wiederholt Gerichtsbarkeit zugesteht.

Es werden ja gerade im §. 20 des sechsten Const. Edicts die verschiedenen Arten der Gerichtsstände einander gegenübergestellt.

Ist es einmal als Regel festgesetzt, daß der Bürgermeister in geringfügigen Sachen zu entscheiden hat, und sind hiervon die Klagen gegen bestimmte Klassen von Personen ausgenommen, so haben diese letzteren doch gewiß einen privilegirten Gerichtsstand, mag man nun die richterliche Thätigkeit des Ortsvorstandes ein Vermittelungsrecht, oder ein Rechtsprechen nennen.

Wenn aber auch die Gegenansicht die richtigere wäre, wovon sich der Einsender nicht überzeugen kann, so würden bei ihrer Befolgung erhebliche Zweifel und Uebelstände sich zeigen.

Die Aemter haben nämlich kein Vermittelungsrecht, sondern sie sind an das strenge Recht und die Vorscheiften der bürgerlichen Prozeßordnung angewiesen; will daher der Richter sich nicht eigenmächtig ein besonderes, höchst abgekürztes, Verfahren für die fraglichen Sachen schaffen, wozu er keineswegs befugt ist, so muß er nun wegen eines kleinen Thalers, oder eines noch geringeren Betrags, die gewöhnliche Verhandlungsweise einschlagen, so daß die Kosten bald den ganzen Belang des Streites übersteigen, und am Ende, nachdem der Streit längere Zeit gedauert hat, die Parteien durch Zeitversäumniß mehr verloren haben, als die Streitsache werth ist. Demnach möchte die Amtssässigkeit in solchen Sachen für die Bevorrechteten selbst ein lästiges Sonderrecht seyn, dem sie, einige Wenige abgerechnet, gern entsagen würden.

Schließlich bleibt noch zu erwägen, daß durch die mehr erwähnte Ansicht die Aemter, welche ohnehin mit den verschiedenartigsten Geschäften überhäuft sind, einen sehr beträchtlichen Geschäftszuwachs erhalten, indem zu den Bevorrechteten auch die untergeordnetsten Staatsdiener u. s. w. gehören, welche nur zu häufig wegen geringer Forderungen verklagt werden. Bei dem Stadtamt Karlsruhe hat sich dies in der kurzen Zeit, die seit dem Erscheinen jenes Erlasses verstrichen ist, auf eine auffallende Weise gezeigt, und es läßt sich schließen, daß bei den andern Aemtern verhältnißmäßig dasselbe vorgekommen seyn mag.

Jedenfalls dürften die oben geäußerten bescheidenen Bedenken einiger Beherzigung nicht unwerth seyn.

Eduard Brauer.

II.

Frommer Wunsch, die zweckmäßige Einrichtung der bürgerlichen Standesbücher betreffend.

Durch den L. R. S. 45 ist den bürgerlichen Standesbüchern eine volle Beweiskraft eingeräumt.

Diesem Grundsatze conform und gewiß höchst zweckmäßig hatten die Sätze 38 und 39 verordnet, daß die Einträge in jenen Büchern über jeden einzelnen Act den erschienenen Parteien oder ihren Bevollmächtigten und den Zeugen vorgelesen, sodann von jenen, wie diesen, unterzeichnet werden sollen.

Diese Bestimmung ist, wie mehrere andere, durch die späteren Erläuterungen des Landrechts, namentlich jene vom 29. Mai 1811 (Rggsbl. Nr. XVI.) völlig außer Wirksamkeit gesetzt worden. Nur die Instruction für Beamte des bürgerlichen Standes, welche das Großh. Ministerium des Innern am 19. April 1817 ertheilte, und keine Gesetzeskraft hat, setzte in den §§. 12, 13, wahrscheinlich in Bezug auf den L. R. S. 334, fest, daß bei Anerkennung natürlicher Kinder der anerkennende Vater, oder sein Bevollmächtigter, und die Zeugen den Act unterschreiben sollen. Die Unterschrift des Pfarrers oder des Rabbiners, welche die Bücher zu führen haben, genügt somit in der Regel, um dem ganzen Acte seine unbedingte Glaubwürdigkeit zu sichern; ja selbst die Unterschrift des Standesbeamten wird nach einer späteren Rechtsbelehrung vom 14. Mai 1816 (R. B. Nr. XIX.) nicht einmal als Wesenheit angesehen, und ihr Abgang schwächt die Glaubwürdigkeit des Eintrags und des demselben vorhergegangenen Actes nicht im Mindesten, sondern kann nur als eine Dienstnachlässigkeit gerügt werden *).

Dieselbe Verordnung sieht es ebenfalls nicht als eine Wesentlichkeit an:

a) Wenn der Eintrag in das Standesbuch nicht am Tage der Vornahme des Acts,

b) wenn er nicht in der Landessprache, sondern in einer todten Sprache geschieht,

c) wenn er nicht in Form eines Protokolls, sondern in tabellarischer Form, endlich

*) Versteht sich, wenn der Standesbeamte noch lebt; wenn er aber verstorben ist, fällt sogar jene Rüge hinweg.

Digitized by Google

d) wenn keine Doppelschrift gefertigt wird.

Auch diese Fehler sollen lediglich als Dienstnachlässigkeit gelten.

Ferner verbindet die Verordnung von 1811 im §. 6 nicht einmal denjenigen, welcher den Act (z. B. die Trauung ꝛc.) vorgenommen hat, diesen zugleich selbst zu beurkunden. Er kann vielmehr, wenn der Act durch einen Vicar vollzogen wuede, auf die Relation des Letzteren durch den Pfarrer beuekundet werden, und es ist in diesem Falle sogar in das Ecmessen des Pfarrers grsetzt, ob er den Vicar mit unterzeichnen lassen will, oder nicht.

Es bedarf nun gewiß nach allem dem keiner besondern Ausführung, daß alle Beurkundungen des bürgerlichen Standes im Großherzogthum auf sehr unsicheren Grundlagen beruhen. Alles hängt einzig und allein von der größeren oder geringeren Ordnungsliebe einer einzelnen Person, des Pfarrers oder Rabbiners, ab, der durch keine Partei und keine Zeugen gedrängt, der hinsichtlich der Zeit und Form der Beurkundung, ja nicht einmal darin conteoliet ist, daß die Beurkundung wirklich aufgenommen wird.

Die oberen Kirchenbehörden und die Aemter besitzen genugsame Kenntniß davon, was jener Zustand für Folgen erzeugt, wie oft die Einträge verspätet, wie oft sie ganz unterlassen und deshalb Untersuchungen nöthig wurden, um den Mangel zu ergänzen. Würden die Betheiligten und Zeugen so, wie es das Landrecht vorschrieb, die Beurkundungen mit unterzeichnen müssen, so ließe sich erwarten, daß Eintrag und Doppelschrift jedesmal unmittelbar nach der zu beurkundenden Verrichtung gefertigt, daß die Urkunde in gesetzlicher Form und in der deutschen Sprache abgefaßt weede.

Es mag seyn, daß zur Zeit der Einführung des Landrechts die dort vorgeschriebenen Förmlichkeiten für die, bis dahin an andere Foemen gewöhnten Pfarrer zu schwierig gewesen seyn können; jetzt sind sie durch den theilweisen Vollzug dee landrechtlichen Vorschriften in diese mehr eingeweiht, es möchte daher jetzt an der Zeit seyn, den Staatsangehörigen endlich eine größere Sicherheit dadurch zu gewähren, daß die landrechtlichen Vorschriften in ihrer Vollständigkeit Gesetzeskraft erhalten, was sich mit der beizubehaltenden Bestimmung, daß die Pfarrer ꝛc. bürgerliche Standesbeamte sind, recht wohl vereinbaren läßt.

Schließlich daeauf hinzuweisen, wie einflußreich die richtige Beurkundung der bürgerlichen Standesverhältnisse auf eheliche und Erbschaftsverhältnisse sei, kann von mir wohl unterlassen werden. Verlangt man doch zu allen glaubhaften öffentlichen Acten mehr, als eine geheime Aufzeichnung eines einzelnen Beamten.

Kirn.

III.

Kann der Staatsanwalt auch in dem Falle den Recurs gegen hofgerichtliche Straferkenntnisse ergreifen, wenn er glaubt, daß ein Verurtheilter entweder unschuldig, oder die gegen ihn erkannte Strafe zu hart sei?

(Für die Bejahung der Frage.)

Die Aegumente, welche in Nr. 30 für die Verneinung dieser Frage geltend gemacht wurden, scheinen durchaus unhaltbar zu seyn. Sie haben

1) den Buchstaben des provisorischen Gesetzes vom 18. Februar d. J. grgen sich. Der Staatsanwalt recurrirt gegen hofgerichtliche Erkenntnisse, wenn er die Gesetzmäßigkeit derselben bezweifelt. Da der §. 6 keinen Unterschied macht — es mag der Beschuldigte freigesprochen oder verurtheilt, es mag die erkannte Strafe zu hart oder zu mild seyn — so muß sich auch der Richter vor Distinctionen hüten. Die Staatsbehörde verfolgt das Interesse der Gerechtigkeit, ob für oder gegen den Angeschuldigten, ist Nebensache.

Aus der Bestimmung des §. 7, besagend:

„Dem Beschuldigten wird die Recurzausführung des Staatsanwalts unverweilt eröffnet und zur Abwendung eines nachtheiligeren Erkenntnisses weitere Vertheidigung gestattet ꝛc."

folgt von selbst, daß sie übreall nicht zur Anwendung kommt, wo der Recurs des Staatsanwalts dem Beschuldigten nur günstig ist. Es wäre aber ein gewaltiger Sprung, wenn man daraus schließen wollte, daß der Staatsanwalt nicht recurriren dürfe, wenn er die erkannte Strafe zu hart findet. Man würde damit behaupten, daß durch die Vorschriften des Recursverfahrens das der Staatsbehörde in dem nämlichen Gesetz allgemein gestattete Recuesrecht selbst wieder theilweis aufgehoben sei!

2) Wo ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes vorliegt, da soll der Richter nicht nach dem Grunde desselben fragen, sondern sich an den Wortlaut halten. Daß sich aber der §. 6 bestimmt und deutlich ausdeücke, ist nicht in Streit gezogen. Gleichwohl dürfte eine zwischen dem alten und neuen Gesetze anzustellende Veegleichung hier von einigem Interesse seyn.

Vormals stand dem Justizministeeium — wenn wenigstens eine zweijährige Zuchthausstrafe in Frage war — die Befugniß zu, hofgerichtliche Urtheile zu bestätigen oder zu mildern, und jene, welche ihm viel zu mild geschienen, mit den Acten an das Oberhofgericht zur Prüfung und Entscheidung abzugeben.

Diese Befugniß ist nun ganz aufgehoben. Vordem war

Digitized by Google

der Rechtsrecurs der Beschuldigten sehr beschränkt; jetzt ist er unbedingt frei gegeben. Dafür soll aber auch der Staat recurriren dürfen, wo er es im Interesse der Gerechtigkeit für nöthig erachtet. Der Staat und der Beschuldigte sind, in Ansehung der Recursbefugniß, einander gleich gestellt. Der eine, wie der andere, soll auf dem nämlichen Wege sein Recht suchen. Dies ist die vortreffliche Idee, welche dem neuen Gesetze unverkennbar zum Grunde liegt.

Eingedenk des wahren Prinzips: daß der Unschuldige nicht bestraft, der Schuldige aber nur mit der gesetzlichen Strafe belegt werden soll — kann der Staat nicht zugeben, daß der Verurtheilte eine selbst ungesetzliche Strafe als wohlverdient hinnehme. Er beabsichtigt vielmehr, Jedem volle Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Dieser Aufgabe will er dadurch genügen, daß er allen Schein von Cabinetsjustiz zu vermeiden sucht und eigene Behörden beauftragt, das öffentliche Interesse wahrzunehmen, beziehungsweise durch das Rechtsmittel des Recurses geltend zu machen.

Der Erreichung dieses Zweckes müssen Rücksichten auf eine etwaige Vermehrung der oberhofgerichtlichen Geschäfte untergeordnet bleiben. Nach diesem Gesichtspunkte handelt es sich zunächst auch nicht um das größere oder geringere Ansehen der Hofgerichte, sondern vorzugsweise um das Recht. Die Autorität des Gesetzes muß obenan stehen.

3) Von Inconvenienzen, welche sich ergeben sollen, wenn der Staatsanwalt und der Angeschuldigte, um ein milderes Urtheil zu erzielen, zugleich recurriren, aber verschiedene Anträge stellen, kann darum keine Rede seyn, weil der §. 61 des Preßgesetzes hierher nicht einmal analog anzuwenden und der Gerichtshof an keinen der gestellten Anträge gebunden, sondern lediglich gehalten ist, nach dem Gesetz zu sprechen.

Der Gesetzgeber hat daher auch gar nicht nöthig gehabt, für diesen Fall besondere Vorsehung zu treffen. Sollte indessen der oberste Gerichtshof die hier bekämpfte Ansicht adoptieen, oder in einem gegebenen Falle bereits adoptirt haben, so würde es allerdings nöthig seyn, dieser Schmälerung des den Staatsanwälten indistincte übertragenen Recursrechts auf geeignetem Wege ein Ziel zu setzen.

Bayer.

IV.

Ueber das Vermittelungsrecht der Bürgermeister.

In neuerer Zeit hat man sich immer mehr von der Wohlthätigkeit einer Einrichtung im Staate überzeugt, welche bezweckt, durch Bestellung von Friedensrichtern oder Schiedsmännern, oder Vermittelungsbeamten, strittige Privatrechtsverhältnisse auszugleichen, ohne daß ein wirkliches Prozeßverfahren über dirselben vorher eingeleitet worden wäre. In mehreren Staaten Deutschlands sind solche Anstalten schon ins Leben getreten und haben bereits schöne Früchte getragen, weshalb wohl mancher Badener dem Wunsche beipflichtet, es möge unsere Regierung der nächsten Ständeversammlung den Gesetzesvorschlag zur Einführung einer uns fehlenden derartigen Anstalt vorlegen.

Theilweise finden wir aber eine solche Einrichtung schon in unseren Gesetzen vor; allein dieselbe wurde — wie es wenigstens scheint — bisher wenig, oder gar nicht, beachtet. —

Nach §. 4 des II. Const. Edicts vom 14. Juli 1807, Rggsbl. desselben Jahres, Nr. 24, ist bestimmt:

„Den Vorgesetzten steht daneben das Vermittelungsrecht zu, vermöge dessen alle Streitsachen zwischen Ortsangehörigen, die nicht über eine halbe Mark Silbers (also dermalen 12 fl. Conv. Geld) im Werth ansteigen, zuerst an sie gebracht werden müssen, um darüber (wenn ihnen die Sache nicht zu schwer dünkt, in welchem Falle sie die Partelen gleich ans Amt weisen können) ihren Vermittelungsspruch zu geben."

Diese Bestimmung ist zwar theilweise nach §. 17 des Org. Ed. von 1809 und Beilage B, §. 7 d. dahin abgeändert, daß der Ortsvorgesetzte als Richter erster Instanz über Streitigkeiten bis zu 5 fl., resp. 15 fl., Werth zu erkennen hat, allein die Vermittelungsbefugniß der Ortsvorgesetzten ist nach dem angeführten §. 17 des Org. Ed. geblieben, weil diese Bestimmung mit keiner späteren im Widerspruche steht, und sich die Thätigkeit eines solchen Vergleichsbeamten vor Einschreiten der Civilgerichtsbarkeit recht gut getrennt von dieser denken läßt.

Die neue Gemeindeordnung ändert hieran auch nichts, weshalb man jenes Vermittelungsrecht noch als bestehend anerkennen muß, wie es auch das Hofgericht des Unterrheinkreises nach Annalen II. S. 223 anerkannt hat.

Da nun §. 4 des II. Const. Edicts anordnet, daß alle Streitigkeiten unter Ortsangehörigen, im Betrage bis zu 12 fl., zum Vergleichsversuche, vor Anstellung der Klage bei dem Bezirksgericht, vor den Ortsvorgesetzten gebracht werden müssen, so kann auf eine Klage über einen Betrag unter 12 fl., nach §. 247, 252 und 360 der P. O., gar keine Ladung erkannt werden, wenn sie nicht eine Erwähnung des Vermittelungsversuches und zugleich nach §. 674, Nr. 3 der P. O. den Beweisantritt für diese Thatsache enthält.

Da ferner der 39. Titel der P. O. jedem Richter die Pflicht zum Versuche der gütlichen Vereinigung der streitenden Theile besonders auferlegt, so dürfte wohl jeder Beamte als Bezirksrichter jetzt schon verpflichtet seyn, keine Klage der Bewohner eines Ortes über einen Gegenstand von weniger als 12 fl. Werth anzunehmen, wenn der Kläger sich durch ein Zeugniß des Bürgermeisters über den angestellten Vermittelungsversuch bei der Klageanstellung nicht auszuweisen vermag.

St.

Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt der vierte Jahrgang dieser Zeitschrift, und es folgen noch Titel und Register dazu. Preis mit Postgebühr 2 fl. 20 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal des fünften Jahrgangs, oder Januar bis Juni 1837, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir, die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Vierter Jahrgang. | Nro. 52. | Karlsruhe den 24. Dezember 1836.

I.

Kann ein natürliches Kind, welches in der Geburtsurkunde nicht anerkannt wurde, später vor dem Pfarramte gültig anerkannt werden? (Ja.)

Während die Hofgerichte Mannheim und Rastadt diese Frage in zwei in den Annalen von 1833 S. 334, 364 vorgetragenen Fällen verneinen zu müssen glaubten, haben sich neuerlich die Ministerien des Innern und der Justiz sehr bestimmt für die Bejahung derselben ausgesprochen, und zwar sprach sich das Ministerium des Innern für die Bejahung der Frage hauptsächlich aus dem Grunde aus, weil die Pfarrer in dem, die Führung der Kirchenbücher betreffenden Edicte vom 20. October 1803, Anmerkung zum ersten Formular, §. 17 (Regierungsblatt von 1803 Nr. 23—25), ausdrüklich angewiesen seien, die Anerkennung natürlicher Kinder, sie geschehe frühe oder spät, in die Kirchenbücher einzutragen und weil das fernere Edict vom 29. Mai 1811 (Regsblatt Nr. 16 S. 65 ff.) die wörtliche Verordnung enthalte:

> „daß die Kirchenbücher nach ihrer alten Einfachheit, nur mit einigen sichernden Verbesserungen, als Stellvertreter der bürgerlichen Standesbücher fortzubestehen hätten, so jedoch, daß für alle Fälle die einem Richter zureichende Beurkundung dessen, was er zur Entscheidung der bürgerlichen Rechtsangelegenheiten zu wissen nöthig hat, aus solchen auf eine im In- und Auslande zureichende Art geschöpft werden könne;"

endlich weil, übereinstimmend mit jenen Edicten, der §. 12 der Dienstweisung von 1817 den Pfarrern die Beurkundung späterer Anerkennungen ausdrücklich zur Pflicht mache.

Hierauf erwiderte das Justizministerium Folgendes:

> „Brauer bemerkt zu dem Landrechtssatz 62:"
>
> „„Unser Satz sagt nicht, daß eine bei der Geburtsbeurkundung unterbliebene Anerkennung eines unehelichen Kindes nachher vor dem Beamten des bürgerlichen Standes noch geschehen könne, sondern nur, daß die nach dem Satz 334 durch jede öffentliche Urkunde zu bewirkende Anerkennung in das Geburtsbuch eben so, wie es z. B. im Satz 266 und 294 wegen der Scheidungsurtheile und im Satz 359 wegen der Kindesanwünschung verordnet ist, besonders einzutragen sei.""

„Nach dieser Erklärung Brauers würde es, um die Anerkennung eines natürlichen Kindes, die nicht schon in der Geburtsurkunde geschehen ist, in Gemäßheit des L. R. S. 62 in das Geburtsbuch eingetragen zu erhalten, in allen Fällen der Zusammenwirkung von zwei Beamten bedürfen, des einen, der die nach dem L. R. S. 334 erforderliche öffentliche Urkunde aufnimmt, und der nicht der bürgerliche Standesbeamte seyn könnte, und eines andern (des bürgerlichen Standesbeamten) der die von jenem aufgenommene Urkunde in das Geburtsbuch eintragen würde."

„Die nämliche Art, die L. R. Sätze 62 und 334 zu erklären, ist in die angezogenen Entscheidungen der Hofgerichte Mannheim und Rastadt übergegangen. Allein sie ist wohl eine irrige."

„Es ist nämlich eine ganz irrige Vorstellung, wenn man der Bestimmung des Satzes 334, daß die Anerkennung eines natürlichen Kindes, sobald sie nicht in dessen Geburtsurkunde geschehen ist, durch eine öffentliche Urkunde vollzogen werden solle, den Sinn unterlegt, daß sie den bürgerlichen Standesbeamten von der Aufnahme jener öffentlichen Urkunde ausschließe, und es, um die letztere herzustellen, an der Eintragung der vor dem Standesbeamten geschehenen Anerkennung in das Geburtsbuch für sich allein nicht genügen könne."

„Der Grund, den man für diese Erklärung anführt, daß das Amt des bürgerlichen Standesbeamten (des Pfarrers) nur in der Führung der Geburts-, Ehe- und Todtenbücher bestehe, und daß er, abgesehen von dieser Buchführung, nicht zu denjenigen Beamten gehöre, welche der L. R. S. 1317 zur Aufnahme öffentlicher Urkunden ermächtigt, ist durchaus nicht geeignet, dieselbe zu rechtfertigen."

„Denn es läßt sich nicht einsehen, warum der der Geburtsbeurkundung nachfolgende und dieselbe vervollständigende Eintrag der Anerkennung eines natürlichen Kindes nicht ganz

Digitized by Google

eben so, wie der in der Geburtsbeurkundung selbst geschehende, die Natur einer öffentlichen Urkunde haben sollte. Jener macht ja nicht weniger als dieser einen Bestandtheil der Geburtsurkunde aus (L. R. S. 57, 57 a.) und die Aufnahme der nachträglichen Anerkennung des natürlichen Vaters gehört daher ganz eben so zu den Obliegenheiten des bürgerlichen Standesbeamten, wie die gleichzeitig mit der Geburtsbeurkundung geschehende, beziehungsweise zu denjenigen Handlungen, die er als öffentlicher Beamter vornimmt."

„Die Verhandlungen der Behörden, welche an der Berathung des Code civil Theil genommen haben, zeigen nebstdem auf das Bestimmteste, daß man den bürgerlichen Standesbeamten allerdings für competent ansah, die bei der Geburt unterbliebene Anerkennung, mittelst eines besondern Eintrags, allein und ohne Zuthun eines andern Beamten, öffentlich zu beurkunden (Locré ésprit du Code Nap. II. pag. 94 VI. pag. 247) und diese Auslegung ist unter den französischen Civilrechtslehrern überall nicht bestritten."

„Maleville ad Art. 334.

Zachariä Handb. edit 3 I. §. 55 S. 132. III. §. 568.

Duranton droit civil francais. tom. 4. Nr. 212.

Merlin repert. mot. filiation. Nr. VI."

„„ — Or, — bemerkt der letztere — qu'est-ce que l'acte par lequel un père reconnait un enfant naturel? Rien autre chose qu'un supplément à l'acte de naissance de cet enfant. Il est donc bien naturel que l'Officier public qui a été competent pour recevoir l'acte de naissance de cet enfant, le soit également pour recevoir l'acte par lequel le père repare l'omission qu'il y a faite de la declaration de sa paternité. Aussi les auteurs du code civil avaient-ils cru devoir lui en reserver l'attribution exclusive: et ce n'est surement pas pour l'exclure lui-même de cette attribution, que l'art. 334 l'a rendue commune à tous les officiers publics ayant caractère pour recevoir des actes authentiques.""

„Bei so bewandten Umständen und in der fernern Erwägung, daß die Sätze 62 und 334 des Code civil ganz unverändert in die hierländische Gesetzgebung übergegangen sind, resp. für die Annahme einer absichtlichen Aenderung der in denselben enthaltenen Bestimmungen überall kein Grund vorhanden ist, und daß endlich hierlands die Pfarrer, wie der vorseitige Erlaß auf das Entschiedenste nachweist, in allen Beziehungen die Stelle der bürgerlichen Standesbeamten vertreten, tragen auch wir kein Bedenken, die Ueberzeugung auszusprechen, daß dieselben zur Beurkundung der fraglichen Anerkennungen allerdings vollkommen befugt und verpflichtet sind."

Der Einsender zweifelt nicht, daß diese seine Mittheilung wesentlich dazu beitragen dürfte, über die im Eingang bezeichnete, höchst wichtige Frage eine feste und gleichförmige Jurisprudenz zu erzielen *). . . t.

II.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Welche Pensions-Ansprüche hat eine Wittwe, deren Ehemann, früher standesherrlicher Diener, auf die Großherzogl. Staatskasse immatrikulirt wurde?

Hofrath Serger zu Gerlachsheim trat im Jahre 1785 in churmainzische Staatsdienste und befand sich als Oberamtsverweser, beziehungsweise als Oberamtsdirector zu Krautheim, als das deutsche Reich aufgelöst wurde. Am 8. Mai 1805 wurde derselbe von Seiner Durchlaucht dem Herrn Fürsten und Altgrafen zu Salm-Krautheim als Hof- und Justizcommissarius zu Gerlachsheim ernannt gegen den Bezug des etatmäßigen Gehalts und gegen eine deputationsschlußmäßige Entschädigung aller diesen Gehalt übersteigenden bisherigen Dienstemolumente, welche derselbe *ad dies vitae pensionis loco* fortzubeziehen habe. Nachdem die Liquidation der von Hofrath Serger als Oberamtsverweser und Kameralbeamter bezogenen Besoldung, Emolumente und Nutzungen geschehen, der Revisionsbeschluß erledigt und hiernach Finalberechnung abgeschlossen war, erfolgte unterm 27. September 1805 folgende Besoldungsnote:

„Wird demselben nunmehr, statt der bisherigen, von Churmainz erworbenen Besoldungsnote, folgende neue ausgestellt und in Bezug auf Unsere in Betreff der ständigen und unständigen Accidentien, Sporteln und des neuen Besoldungsregulativs überhaupt erlassene Verordnung, v. 15. Mai l. J. anfangend, an jährlichem fixen Gehalt bewilligt und zwar:

A. An etatsmäßigem Gehalt als Hof- und Justizcommissarius

1) an baarem Gelde ꝛc.

2) Korn ꝛc.

B. *Pensionis loco:* jährlich

zur gänzlichen Entschädigung seiner sonst mehr bezogenen Besoldung, Emolumente, Accidentien, Sporteln und Nutzungen

a) Korn ꝛc."

Im Jahre 1813 wurde die standesherrliche Jurisdiction aufgehoben und Hofrath Serger gieng in Folge der Verordnung vom 14. Mai 1813 in Großherzogliche Dienste und

*) Auch das Großh. Staatsministerium hat nun durch Beschluß vom 23. Nov. 1836 Nr. 1801 die hier ausgeführte Ansicht gebilligt. D. R.

Digitized by Google

Pflichten über, verfiel in Quiescentenstand, bis im Jahre 1825 die Pensionirung erfolgte. Durch Erlaß Großherzogl. Ministeriums der Finanzen vom 18. Juni 1825 wurde die Pension berechnet

a)	Geld	922 fl. 30	kr.
	Naturalien	310 „ 36¾	„
b)	als Pension		
	Geld	1221 „ 40	„
	Naturalien	731 „ ¾	„
	zusammen ,	3185 fl. 47½	kr.
	Erste Anstellung 22. Juni 1785. Dienstalter bis 23. Juli 1824 — 39 Jahre, folglich 1 % Verlust	31 „ 51½	„
	und Pension vom 23 Juli 1824 an jährlich	3153 fl. 56	kr.

Bekanntlich waren die standesherrlichen Diener nicht in der Civilwittwenkasse immatrikulirt und nur durch die Gnade Sr. Königlichen Hoheit des Großherzogs Ludwig wurde für die Wittwen solcher Diener in den Jahren 1826 und 1827 *) gesorgt, indem den im Jahre 1813 in Staatsdienst übernommenen standes- und grundherrlichen Justiz- und Polizeibeamten gestattet wurde, sich in die Großh. Staatskasse immatrikuliren zu lassen. Hofrath Serger wurde im Jahre 1832 mit der Besoldung von 3000 fl. immatrikulirt, der seit dem Jahre 1813 verfallene Rückstand auf 960 fl. regulirt, der jährliche Beitrag auf 45 fl. festgesetzt und diese Summen vorschriftmäßig bezahlt.

Auf das am 4. Sept. 1834 erfolgte Ableben des Hofraths Serger erließ Großh. Finanzministerium unterm 4. Oct. 1834 folgenden Beschluß:

---

*) Es dürfte nicht unwichtig seyn, die hieher gehörigen Rescripte hier abdrucken zu lassen:

Ministerium der Finanzen.

Karlsruhe, den 11. April 1826.

Nr. 2285. Höchste Staatsministerialentschließung vom 30. v. M. Nr. 442, womit Seine Königliche Hoheit das diesseitige Ministerium ermächtigen, allen Dienerswittwen, deren Ehemänner wegen des von Seiten des Großh. Aerarii verweigerten Zuschußkapitals für die Wittwenkasse in diese nicht immatrikulirt wurden, ohngeachtet sie sonst dazu geeignet gewesen wären, und dadurch ohne ihr Verschulden das Wittwenbenefiçium entbehren müssen, dieses denselben neben der gesetzlichen Pension anzuweisen, davon aber dasjenige abzuziehen, was ihre Ehegatten als Wittwenkassebeiträge während ihrer Lebzeit zu bezahlen gehabt hätten. Um jedoch den Abzug dieser Schuldigkeit nicht zu drückend zu machen, sind bis zu deren gänzlicher Tilgung an jeden 11 fl. Beneficium jährlich 3 fl. zurückzubehalten.

Beschluß.

Die Kassencommission wird hievon zur Nachachtung in Kenntniß gesetzt und zunächst rücksichtlich der Pension für N. N. beauftragt, nach Maßgabe dieser hohen Bestimmung eine Berechnung aufzustellen und vorzulegen. Dieser Berechnung ꝛc.

Zugleich sind alle übrigen Wittwen, welche in diese Kategorie gehören, und ebenfalls nur eine Pension, aber kein Wittwenbenefiçium beziehen, unter etwa nöthigem Benehmen mit der Generalwittwenkasse anher zu verzeichnen. —

St. M. Nr. 1306. An das Ministerium des Innern. Seine Königliche Hoheit haben die von den Finanzministerium in seinem Erlasse an das Ministerium des Innern vom 20. Febr. d. J. Nr. 1037 vorgeschlagenen Grundsätze, nach welchen die Relicten der durch den Vollzug des Edictes vom 14. Mai 1813 in Staatsdienst übernommenen standes- und grundherrlichen Justiz- und Polizeibeamten in Beziehung auf Pension behandelt werden sollen, dahin zu genehmigen geruht, daß

1) die Relicten derjenigen Beamten dieser Kategorie, deren Tod in der Zwischenzeit vom 1. Juni 1813 bis zur Erscheinung des Dienereditktes vom Jahre 1819 eingetreten ist, nach dem §. 27 der Dienerpragmatik vom Jahre 1809 behandelt werden sollen, und daß

2) die Staatsministerialentschließung vom 30. März 1826 Nr. 442 nur auf die Relicten derjenigen in Anwendung kommen soll, welche seit der Erscheinung dieses neuen Dienereditktes mit Tod abgegangen sind.

3) Alle noch lebenden durch den Vollzug des Edictes vom 14. Mai 1813 mit der damals von ihnen verwalteten standes- oder grundherrlichen Jurisdiction in Großh. Dienste übergegangenen standes- oder grundherrlichen Beamten werden, ohne Unterschied, ob sie bei der im Jahre 1814 nachgefolgten Aemterorganisation eine wirkliche Anstellung erhalten haben oder in den Quiescentenstand verfallen sind, nachträglich in die Wittwenkasse immatrikulirt. Jedoch haben

4) blos die Relicten der bei der Aemterorganisation von 1814 im wirklichen Staatsdienste beibehaltenen Beamten die statutenmäßige Pension aus der Wittwenkasse, die Relicten derjenigen aber, welche bei dieser Aemterorganisation in Quiescentenstand verfielen, und in der Folge in dem wirklichen Staatsdienst nicht wieder angestellt wurden, dasjenige, was sie statutenmäßig aus der Wittwenkasse anzusprechen hätten, von der Staatskasse zu empfangen.

5) Die Wittwenkasse hat dasjenige, was sie von diesen im Jahre 1814 in den Quiescentenstand verfallenen und darin verbliebenen vormals standes- oder grundherrlichen Beamten an Einkaufsgeldern oder Wittwenkassebeiträgen statutenmäßig zu erheben hat, an die Staatskasse zu ersetzen.

6) Von dieser Immatrikulirung bleiben zur Zeit und bis nach Beendigung der mit den Herrn Fürsten von Leiningen und von Löwenstein zur Vollziehung des Art. 14 der deutschen Bundesacte angeknüpften Verhandlungen die in diesen beiden Standesgebieten angestellten Justiz- und Polizeibeamten ausgeschlossen.

7) Ihre Relicten sind, in sofern sich in dieser Zwischenzeit ein Todesfall eines solchen dermalen in unmittelbar landesherrlichen Diensten stehenden Beamten ergeben sollte, nach dem Staatsministerialrescript vom 30. März 1826 Nr. 442 zu behandeln.

Nachricht hievon an das Finanzministerium. Beschlossen Karlsruhe im Großherzogl. Staatsministerium den 13. Sept. 1827.

Berstett. Eichrodt.

Digitized by Google

„Der am 4. v. M. verstorbene Hof- und Justizrath Serger zu Gerlachsheim war churmainzischer Diener, wurde aber später von dem Herrn Fürsten von Salm übernommen. Dieser berief ihn als Hof- und Justizcommissär zur Dienstleistung und setzte ihm dafür in Geld und Naturalien (diese in Anschlag der badischen Kammertaxe) 1233 fl. 6¾ kr. aus. Da aber bei seiner Uebernahme seine früheren Besoldungsbezüge im Betrage von 3185 fl. 47½ kr. anerkannt worden waren, so wurden die zur Ergänzung dieser Summe erforderlichen 1952 fl. 40¾ kr. als Pension verabfolgt. Als Hof- und Justizcommissär blieb Serger bis zum 1. Juni 1813 in Activität und nur in dieser Eigenschaft konnte er als Großh. Diener angesehen und zum Wittwenfiscus immatrikulirt werden. Statt dessen wurde indeß Serger aus Versehen vom 1. Juni 1813 an mit dem Maximum von 3000 fl. bei der Kreiskasse immatrikulirt. Deßhalb wird hiemit die Immatrikulirung von 3000 fl. auf die Rundzahl des von dem Herrn Fürsten von Salm bezogenen Activgehaltes, nämlich auf 1240 fl., herabgesetzt."

Hierauf wird der den Serger'schen Relicten gebührende Rückersatz berechnet und zur Zahlung angewiesen. Die nach der Summe von 1240 fl. gebührenden Pensionsbezüge werden regulirt, und zwar:

a)	statt des Wittwenfiscibeitrages von mit	204 fl.	36 kr.
b)	gesetzliche Pension		
1)	der Wittwe 50 % aus diesen 204 fl. 36 kr. und 20 %	102 „	18 kr.
2)	den 6 Kindern bis zum zurückgelegten 18ten Jahre	245 „	30 „
	im Ganzen . .	552 fl.	24 kr.

Die Wittwe Serger dagegen verlangte

1)	vermöge des Wittwenfiscibeitrages von 45 fl.	495 fl.	— kr.
2)	Pension 50 % davon	247 „	30 kr.
3)	für die 6 Kinder 20 %	594 „	— „
	im Ganzen . .	1336 fl.	30 kr.

Eine bei Großh. Finanzministerium von Seiten der Hofrath Sergers Wittwe eingereichte Vorstellung um Erhöhung des Wittwenbeneficiums und der gesetzlichen Pension für sich und ihre Kinder, hatte folgenden Beschluß vom 31. Januar 1835 zur Folge:

„Das Stadtamt Mannheim wird beauftragt, der in Mannheim wohnenden Wittwe des verstorbenen Hof- und Justizraths Serger zu Gerlachsheim zu eröffnen: Der verstorbene Hofrath Serger war churmainzischer Diener und bezog in dieser Eigenschaft eine Besoldung von beiläufig 3000 fl. Der Herr Fürst von Salm Krautheim, der ihn übernahm, anerkannte dieses Einkommen mit wenigen zum Vortheil des übernommenen Dieners gereichenden Abänderungen. Er berief den Hofrath Serger als Hof- und Justizcommissär zur Dienstleistung, bewilligte ihm hiefür eine Besoldung von 1233 fl. 6¾ kr. und ließ ihm einen weitern Betrag von 1952 fl. 40¾ kr. als Pension verabfolgen. Als Hof- und Justizcommissär blieb Serger bis zum 1. Juni 1813 in Activität, als solcher ward er in Folge des Edictes vom 14. Mai 1813, die Aufhebung der Patrimonialjurisdiction betreffend, Großh. Diener und sein Einkommen ward auf die Staatskasse übertragen. Serger verfiel durch die hierauf erfolgte Organisation der Gerichtsbehörden in den Quiescentenstand. Die vormaligen Justizbeamten dieser Kategorie waren nicht im Wittwenfiscus; für ihre Relicten sorgte indeß die Gnade Seiner Königlichen Hoheit durch das höchste Rescript vom 13. Sept. 1827 Nr. 1306. Sie wurden vom 1. Juni 1813 an nach den Statuten des Wittwenfiscus bei der Staatskasse immatrikulirt. Sie hatten die Wittwenfiscibeiträge hieher zu erlegen, ihre Relicten aber dereinst auch neben dem statutenmäßigen Beneficium die gesetzliche Pension nach der Dienerpragmatik vom 30. Januar 1819 zu beziehen. Diese Immatrikulirung ward im Jahre 1832 vollzogen und dabei Hofrath Serger, in der irrigen Unterstellung, daß er seine ganze Pension von 3185 fl. 47½ kr. bei der Uebernahme im Jahre 1813 als Activbesoldung bezogen habe, mit dem Maximum des Matrikularanschlages, also mit 3000 fl., immatrikulirt. Nach dem im vorigen Jahre erfolgten Tode Sergers, als es sich um Anweisung der gesetzlichen Bezüge für dessen Relicten handelte, und als es auffiel, daß die Relicten eines Mannes, der dem badischen Staate fast gar keine Dienste und diese nur in untergeordneter Stellung geleistet, das beziehen sollten, was nur den Relicten der ersten Staatsdiener zu Theil wird, nahm man das Versehen wahr. Demnach ward der Matrikularanschlag auf 1240 fl., die Rundzahl der übernommenen Activbesoldung, herabgesetzt, und hiernach der Bezug für die Wittwe und Kinder des Hofraths Serger berichtigt."

„In Erwägung nun, daß der verstorbene Hofrath Serger weder als churmainzischer noch als Fürstlich Salm'scher Diener in Hinsicht auf seine Relicten Unterstützungs- oder Pensionsansprüche an die Großh. Staatskasse erworben hat."

„In Erwägung, daß ihm diese Ansprüche durchaus nur in der Eigenschaft zur Seite standen, in der er in Großh. Staatsdienste übernommen wurde."

Digitized by Google

„In Erwägung, daß er — wie die Petentin nicht läugnet, auch nicht läugnen kann — in dieser Eigenschaft nur einen Activgehalt von 1233 fl. 6¾ kr., den Rest seines Einkommens aber als Pension bezog."

In Erwägung, daß Bezüge, welche zur Zeit der Uebernahme irgend einer Person in Großh. Staatsdienste, an diese Person als Pension und nicht als Besoldung verabfolgt worden, nach §. 8 Nr. 9 der Wittwenfiscistatuten vom 28. Juni 1810 durchaus nicht immatrikulirbar sind, daß also die im Jahre 1832 erfolgte, lediglich auf einem Irrthum beruhende Immatrikulirung mit 3000 fl. statutenwidrig war und, sobald der Irrthum bemerkt ward, berichtigt werden mußte."

„In Anbetracht, daß den Serger'schen Relicten zur Vergütung angewiesen ist, was Hofrath Serger in Folge dieses Irrthums an Wittwenfiscibeiträgen zu viel geleistet hat."

„In Berücksichtigung endlich, daß sie durch Bestimmung des Beneficiums und der Pension nach dem Matrikularanschlage von 1240 fl. alles beziehe, was sie nach Recht und Billigkeit nur irgend erwarten könne, ist die Bitte um Erhöhung dieser Bezüge nach dem Matrikularanschlage von 3000 fl. als ganz unstatthaft lediglich abzuweisen."

Der an Großh. hohes Staatsministerium ergriffene Recurs wurde als unbegründet verworfen.

Dieses veranlaßte die Hofrath Sergers Wittwe, den Rechtsweg zu betreten und gegen den Großh. Civilfiscus Klage zu erheben, welche gegründet wurde

a) auf das Großh. Rescript vom 13. Sept. 1827 und

b) darauf,

daß ein Vertragsverhältniß vorliege, welches von Seiten Hofrath Sergers pünktlich erfüllt worden sei und nunmehr auch von Großh. Civilfiscus erfüllt werden müßte.

Es ward der Klage entgegengesetzt:

ad a) Dieses Rescript könne nur als legislatorische Verfügung von der Klägerin in Anspruch genommen werden, als solche habe es aber vor Gericht keinen Werth, da nur im Wege der Gesetzgebung, folglich mit Genehmigung der Landstände, einer ganzen Klasse von Staatsangehörigen die Rechte, welche die Wittwen der Staatsdiener gegenüber der Wittwenkasse genießen, der Staatskasse gegenüber verliehen werden könnten. Ohnedem sei dieses Rescript wegen unterlassener Verkündung desselben im Sinne des L. R. S. 1 nie wirksam und verbindlich geworden.

ad b) Von einem gültigen Vertrage könne hier gegenüber der Staatskasse keine Rede seyn, denn nicht nur könne die Klägerin keine bestimmte Handlung irgend einer die Großh. Staatskasse vertretenden Behörde, wodurch das Vertragsverhältniß in der angegebenen Art zu Stande gekommen wäre, anführen, sondern es würde jeden Falles die betreffende Staatsbehörde entweder aus Irrthum oder Eigenmacht gesetzwidrig also ultra fines mandati gehandelt haben.

Es wurde weiter entgegengehalten

1) die in dem Finanzgesetze 1831/1832 enthaltene Bestimmung, daß Pensionen über den in dem Dieneredicte bestimmten Betrag nicht angewiesen werden könnten und

2) daß Hofrath Serger schon in standesherrlichen Diensten nur denjenigen Theil seines Einkommens von 1233 fl. 6¾ kr., welchen das Großh. Finanzministerium, ohne Anerkenntniß einer rechtlichen Verbindlichkeit, in Rücksicht auf das angeführte Großh. Rescript vom Jahre 1827 der Berechnung der Pension der Klägerin zum Grunde gelegt, als Activgehalt und den Rest als Pension bezogen habe, und daß folglich, wenn Hofrath Serger auch in der Eigenschaft als Hof- und Justizcommissär in den Staatsdienst übernommen worden wäre, er nur mit der für den fraglichen Justizdienst von der Standesherrschaft geregelten und ihm angewiesenen Besoldung in den Staatsdienst übergetreten sei. Der Antrag geht auf Abweisung der Klage.

Nach gesetzlich weiter gepflogenen Verhandlungen erkannte Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises am 3. Oct. 1836 zu Recht:

Daß der Großh. Fiscus schuldig sei, der Klägerin vom Todestage des Hofraths Serger an

a) ein Wittwenbeneficium von 495 fl.

b) 50 Procent hievon als gesetzliche Pension, beides alljährlich und für die Zeit des Wittwenstandes,

c) für jedes der aus der Ehe der Klägerin mit Hofrath Serger erzeugten Kinder 20 Procent von dem Betrage jener 495 fl. und zwar bis die Kinder das 18. Lebensjahr zurückgelegt haben,

sodann die Zinsen dieser Beträge ad a — c vom Tage der Klage an, der Rückstand aber innerhalb 4 Wochen bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung zu bezahlen und sämmtliche Kosten zu tragen.

Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Klage darauf gerichtet ist, daß die Relicten des Hofraths Serger für berechtigt erklärt werden, von dem Besoldungsimmatrikularanschlage ad 3000 fl. die Beneficien der Wittwenkasse und die gesetzliche Staatspension zu beziehen.

In Erwägung, daß beide Theile in thatsächlicher Beziehung darin einverstanden sind:

1) daß die Pension des Hofraths Serger am 18. Juni 1825 an Gehalt und Pension auf 3153 fl. 56 kr. festgesetzt wurde;

2) daß nach der vom Beklagten selbst vorgelegten Staatsministerialentschließung vom 30. März 1826 allen Dienerswittwen, deren Ehemänner wegen des von Seiten des

Digitized by Google

Großh. Aerars verweigerten Zuschußkapitals für die Wittwenkasse in diese nicht immatrikulirt wurden, ohngeachtet sie sonst hiezu geeignet gewesen wären, und dadurch ohne ihr Verschulden das Wittwenbeneficium entbehren müssen, dieses denselben neben der gesetzlichen Pension zugewiesen ist, ferner, daß nach der weitern Staatsministerialverfügung vom 13. Sept. 1827 alle standes- und grundherrlichen Beamten, welche durch den Vollzug des Edicts vom 14. Mai 1813 mit der damals von ihnen verwalteten Jurisdiction in Großh. Dienste übergegangen sind, ohne Unterschied, ob sie bei der im Jahre 1814 nachgefolgten Aemterorganisation eine Anstellung erhalten haben, oder in den Quiescentenstand getreten sind, nachträglich in die Wittwenkasse immatrikulirt wurden und daß die Relicten der Quiescenten dasjenige, was sie statutenmäßig aus der Wittwenkasse anzusprechen hätten, aus der Staatskasse zu empfangen haben;

3) daß Hofrath Serger, wie dieß auch der in Abschrift vorgelegte Finanzministerialbeschluß vom 31. Januar 1835 besagt, zum Zwecke des Bezugs der durch die Dienerpragmatik vom Jahre 1819 festgesetzten Staatspension neben dem statutenmäßigen Wittwenbeneficium im Jahre 1832 mit 3000 fl. auf die Staatskasse immatrikulirt wurde:

In Erwägung, daß hiernach die Frage: ob die Klägerin neben dem Beneficium der Wittwenkasse auch an der gesetzlichen Staatspension Theil zu nehmen habe, um so weniger einem Zweifel unterliegt, als das Großh. Finanzministerium nach Anlage Lit. f. bei der Regulirung des Wittwengehaltes der Klägerin neben dem Wittwenbeneficium auch die gesetzliche Pension berechnet hat;

In Erwägung, daß der gegen die rechtsverbindliche Kraft der Staatsministerialverfügung vom 13. Sept. 1827 erhobene Einwurf nicht gegründet ist, weil der Großh. Fiscus nicht als befugt angesehen werden kann, ein aus der Verfügung der obersten Staatsbehörde erwachsenes Recht eines Unterthanen unter dem Vorwande vor Gericht zu beanstanden, daß jene Verfügung nicht auf verfassungsmäßigem Wege erlassen worden sei, da die Staatskasse, so wie das dieselbe beaufsichtigende Finanzministerium, von welchem die vorliegende Vollmacht des Fiscalprocurators herrührt, der obersten Staatsbehörde untergeordnet sind, sohin alle von dieser ausgegangene Verfügungen respectiren und es lediglich der Ständeversammlung überlassen müssen, ob sie die etwa nicht verfassungsmäßig ergangene Verordnung bestreiten wolle *).

In Erwägung, daß die Gültigkeit der Aufnahme des Hofraths Serger in die Generalstaatskasse mit 3000 fl. keinem Anstande unterliegt, weil der Großh. Fiscus, was ohne Decretur des Finanzministeriums nicht geschehen konnte, die Aufnahmstaxen und die rückständigen und laufenden Beiträge bis zu dessen Tod erhoben hat, wodurch ein vollständig gültiges, bei jeder einzelnen Beitragserhebung wiederholt bestätigtes Rechtsgeschäft zu Stande kam, dessen Bedingungen nach Sergers Tod zu erfüllen sind.

In Erwägung, daß die Einrede des Irrthums in der Größe des zu immatrikulirenden Gehaltes nicht berücksichtigt werden kann, weil der Großh. Fiscus schon bei der Bestimmung des Gehaltes am 18. Juni 1823 die Besol-

*) Wenn der Erklärung des Finanzministeriums, daß die angeführten beiden Staatsministerialverfügungen von 1826 und 1827 keine Gesetzeskraft haben, entgegengehalten wird, das Finanzministerium sei nicht befugt, den Verfügungen des Staatsministeriums als der ihm vorgesetzten Behörde die Folgeleistung zu verweigern, so ist dies eine exceptio de jure *tertii*. Es werden nämlich die Rechte des Staatsministeriums gegen das Finanzministerium geltend gemacht, was man wohl dem Staatsministerium, selbst zu thun, überlassen sollte. Wo es sich nicht um einen Recurs gegen eine Verfügung des Finanzministeriums an das Staatsministerium handelt, sondern der Staat gegenüber dem Dritten vor dem Richter steht, da sind das Staatsministerium und das Finanzministerium nur eine Partei, und was das Finanzministerium vor Gericht erklärt, das erklärt es aus Auftrag des Staatsministeriums, da die Verordnung, wornach das Finanzministerium den Fiscus zu vertreten hat, vom Großherzog im Staatsministerium ausgegangen ist.

Darüber, daß das Finanzministerium etwas nicht befolge, was das Staatsministerium vorgeschrieben habe, kann man sich nur bei dem letzteren, nicht aber vor dem Richter beschweren, und der Richter kann lediglich keinen Unterschied machen, ob bei ihm ein Widerspruch von Seiten des Fiscus aus speziellem Auftrag des Staatsministeriums oder nur des Finanzministeriums erhoben werde, er wird vielmehr blos zu entscheiden haben, ob das Recht des Gegners, wenn auch der Staat als Einheit, also die Vertretung desselben in ihrer höchsten Potenz widerspreche, gleichwohl als gesetzlich begründet erscheine? — In dieser Beziehung können aber die erwähnten Staatsministerialverfügungen von 1826 und 1827 der Klägerin einen (einseitig nicht widerruflichen) Rechtsanspruch gegen die Staatskasse offenbar nur in sofern gewähren, als man annimmt, daß das Finanzministerium auf den Grund derselben im Jahre 1832 mit dem Ehemann der Klägerin durch die Immatrikulirung desselben bereits einen rechtsverbindlichen Vertrag abgeschlossen habe; denn der weitern Annahme: daß jene Staatsministerialverfügungen auch ohne das Hinzukommen eines solchen speziellen Rechtstitels durch ihre eigne Kraft als Gesetze, wie die Wittwenfiscordnung oder die Dienerpragmatik selbst, das von der Klägerin verfolgte Recht hervorbringe, — steht (ganz abgesehen von der konstitutionellen Frage, ob jene Verfügungen der ständischen Zustimmung bedurft hätten?) jedenfalls der Umstand entgegen, daß diese Verfügungen noch nicht verkündet, folglich nach L. R. S. 1 als Gesetze auch noch nicht wirksam sind. D. R.

Digitized by Google

dungsnote vom Jahre 1805, welche die Veranlassung zum Irrthum gegeben haben soll, zum Grunde gelegt hat, und jedenfalls vorausgesetzt werden muß, daß die Immatrikulation nach vorgängiger Prüfung des Sachverhalts vor sich gegangen ist, sohin ein entschuldbarer Irrthum, welcher die Auflösung des Vertrages zur Folge haben könnte, überall nicht vorliegt. L. R. S. 1110 a.

In Erwägung, daß der aus dem Finanzgesetze vom Jahre 1831/32 abgeleitete Einwand hierher nicht paßt, weil der §. 6 nur vorschreibt, daß alle Ruhegehalte nach einer gewissen festen Norm ermessen werden, und den Betrag von 4000 fl. nicht übersteigen sollen.

In Erwägung, daß es diesem zufolge auf die Erörterung der Frage nicht weiter ankommt, ob die in der Besoldungsnote vom 27. Sept. 1805 sub B. *pensionis loco* aufgeführten Bezüge als wirkliche Pension oder als eine den etatsmäßigen Gehalt übersteigende Entschädigung bisheriger Dienstemolumente anzusehen seien.

In Erwägung, daß gegen die in der Klage aufgestellte Berechnung der jährlichen Pension ad 1336 fl. 30 kr. und deren Zahlung vom Todestage des Hofraths Serger an kein Einwand erhoben, dieselbe auch in Gemäßheit der gesetzlichen Bestimmungen aufgestellt wurde.

In Erwägung, daß die Zinsen der verfallenen Quartalien nach Analogie des L. R. S. 1155 nur vom Tage der gerichtlichen Anforderung laufen. Aus diesen Gründen ꝛc.

Dr. Uihlein.

III.

Ist das Oberhofgericht befugt, auf den gegen ein hofgerichtliches Straferkenntniß ergriffenen Rechtsrecurs die Sache wegen vorgetragener Neuheiten zur Erhebung der Beweise, so wie zur nochmaligen Berathung und Entscheidung an das Hofgericht zurückzuweisen?

In zwei kurz auf einander gefolgten Fällen hat sich das Großh. Oberhofgericht veranlaßt gesehen, das unterrheinische Hofgericht anzuweisen, die in der Recursschrift angetretenen Beweise erheben zu lassen, sofort nach ergänzter Untersuchung die Sache nochmals in Berathung zu nehmen, und wenn es sich zu einer Abänderung seines Strafurtheils nicht bewogen finden sollte, die Acten wieder vorzulegen.

Das Großh. Hofgericht ließ zwar die neuen Beweise ohne Anstand erheben, legte aber dann, ohne vorerst die Sache nochmals in Berathung zu ziehen, die Acten dem Großh. Oberhofgerichte mit dem Bemerken vor: daß ihm kein gesetzlicher Grund bekannt sei, welcher eine nochmalige hofgerichtliche Deliberation motiviren könnte und daß es ein solches Verfahren mit den Grundsätzen des Criminalprocesses nicht zu vereinigen vermöchte, indem es seine Competenz als durch das gefällte Urtheil erloschen ansehe und dafür halte, daß solche nur durch ein von dem Condemnaten bei dem Hofgerichte angebrachtes Restitutionsgesuch wieder aufleben könnte ꝛc.

Der oberste Gerichtshof wies jedoch die Sachen abermals an das Großh. Hofgericht zurück und berief sich hiebei auf eine Entschließung des Großh. Staatsministeriums, Justizsection vom 6. Dezbr. 1820 Nr. 69, wornach das Großh. Oberhofgericht, wenn in Recursschriften Neuheiten vorgetragen werden, ermessen soll: ob und wie dieselben weitere Instruction verdienen und ob das Erkenntniß darüber nach Lage der Acten an das Hofgericht zurückgewiesen werden müsse oder sogleich vor die oberste Recurseinstanz gezogen und somit die Erörterung füglich und nützlich geendigt werden könne?

Nun legte das unterrheinische Hofgericht, indem es bei seiner vorigen Ansicht beharrte, die Acten dem Großh. Justizministerium zur Entscheidung der Streitfrage vor und bezog sich auf die Rechtsbelehrung Nr. 30 zu § 20 und 21 des Strafedicts, wornach in jenen Sachen, wo das Oberhofgericht urtheilender Richter war, der Recurs ans Recht nur alsdann Statt findet, wenn der Verurtheilte neue Thatsachen vorträgt, welche denselben Gang der Untersuchung und Aburtheilung durchgehen müssen, den zuvor die Hauptuntersuchung lief.

Aus dieser Bestimmung folgerte man, daß in dem Falle, wo ein Hofgericht urtheilender Richter war, der oberste Gerichtshof über die Neuheiten, welche in der Recursinstanz vorgebracht wirden, selbst zu erkennen habe. Von einer andern Seite wurde noch die Ansicht ausgesprochen, daß eine solche Zurückweisung unter der Herrschaft der neuen Recursordnung nicht mehr Statt finde und auch mit den Anforderungen einer raschen Strafgerechtigkeitspflege unvereinbarlich erscheine, indem überall, wo das Hofgericht nach nochmaliger Berathung seinem früheren Erkenntniß inhärire, durch Vorlage der Acten an das Großh. Oberhofgericht zur höhern Entscheidung, die Sache ungebührlich herumgezogen, doppelte Mühe und Zeit verschwendet, der Sicherheitsverhaft des Recurrenten ohne Noth verlängert und im Falle seiner Vermögenslosigkeit noch überdies die Jurisdictionskasse mit den Azungskosten belastet werde; nicht zu gedenken, daß durch die Zurückweisung der Recurse, welche jetzt bei weitem häufiger sind, wie früher, ein großer Theil der Geschäfte von dem höchsten Gerichtshof auf die Hofgerichte übergewälzt werden könnte, besonders wenn jener der Meinung seyn sollte, daß dergleichen Zurückweisungen auch nach Einführung des provisorischen Gesetzes vom 18. Febr. d. J. noch zulässig seien ꝛc. Diese Meinung scheint das

Digitized by Google

Oberhofgericht in einem von demselben erstatteten Bericht wirklich vertheidigt zu haben, worauf ihm jedoch von Großh. Justizministerium unterm 17. Juni d. J. rescribirt ward:

„Nach dem §. 1 des provisorischen Gesetzes vom 18. Febr. d. J. finden zwar in allen gerichtlichen Strafsachen zwei Instanzen Statt, allein diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Hauptsache, und es würde bedenklich seyn, dieselbe auch auf den Fall auszudehnen, wenn in der Recursinstanz neue Thatsachen oder neue Beweismittel vorgebracht werden, wenn man nämlich demjenigen, welcher in der Recursinstanz durch neue Thatsachen oder Beweismittel seiner Unschuld oder mindere Strafbarkeit darzuthun sucht, für diese neue Thatsachen oder Beweismittel nochmals zwei Instanzen öffnen wollte, indem auf diese Weise die Erledigung einzelner Sachen nicht ohne großen Nachtheil für die Strafrechtspflege Jahre lang verzögert werden könnte. Da überhaupt auch der höhere Richter, bei welchem ein Recurs in einer Strafsache anhängig gemacht worden ist, diesen Recurs selbst zu erledigen hat, so würde in dem Falle, wenn in der Recursrechtfertigungsschrift Neuheiten vorgetragen wurden, die Zurückweisung der Sache an den Richter erster Instanz nur dann geschehn können, wenn dies durch ein Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben wäre. Ein solches Gesetz besteht aber nicht, denn der §. 30 des Anhangs zum Strafedict, welcher jetzt ohnedies durch den §. 2 des provisorischen Gesetzes vom 18. Febr. d. J. seine Anwendbarkeit verloren hat, bezieht sich nur auf die Fälle, in welchem die Hofgerichte ein bloses Gutachten abzugeben hatten, das Großh. Oberhofgericht aber urtheilender Richter war, nicht aber auf die Fälle, in welchen das Oberhofgericht als Recursrichter über einen dort anhängig gemachten Recurs zu entscheiden hatte. Nur das am 6. Dezbr. 1820 Nr. 69 von der vormaligen Justizsection des Großh. Staatsministeriums erlassene Provisorium spricht für die Ansicht des Großh. Oberhofgerichts, indem dasselbe hierdurch ermächtigt wurde, in dem Falle, wenn bei einem dort anhängig gemachten Recurse Neuheiten vorgetragen waren, deren Constatirung anzuordnen, und demnächst entweder selbst zu erkennen oder die Sache zum nochmaligen Erkenntnisse an die Hofgerichte zurückzuweisen, und diese Bestimmung war damals allerdings zweckmäßig und nöthig, weil Neuheiten in einzelnen Fällen wohl geeignet seyn konnten, eine Strafmilderung, nicht gänzliche Strafloßigkeit des Recurrenten zu begründen, weshalb solche, da die Competenz des Großh. Oberhofgerichts durch den §. 21 des Strafedicts nur auf die Fälle beschränkt war, wenn der Recurrent seine Unschuld und gänzliche Strafloßigkeit darthun wollte, gar nicht hätten berücksichtiget werden können, wenn nicht das Großh. Oberhofgericht ermächtigt gewesen wäre, die Sache zur nochmaligen Berathung und Entscheidung an die Hofgerichte zurückzuweisen. Nachdem aber jetzt bei der durch das provisorische Gesetz vom 18. Febr. d. J. erweiterten Competenz des Großh. Oberhofgerichts der angeführte Grund, welcher früher die Zurückweisung der dort im Recurswege anhängigen Strafsachen wegen vorgetragener Neuheiten in einzelnen Fällen nothwendig machte, hinweggefallen ist, und das am 6. Dezbr. 1820 von der vormaligen Justizsection erlassene Provisorium keineswegs als ein von dem Großh. Staatsministerium ausgegangenes provisorisches Gesetz angesehn werden kann, indem die Justizsection nach dem Constitutivedict vom 19. Oct. 1820 (Regsblt. Nr. XVIII.) zu dem Großh. Staatsministerium in demselben Verhältniß stand, wie das frühere und jetzige Justizministerium, so sieht man sich veranlaßt, das am 6. Dezbr. 1820 Nr. 69 von der vormaligen Justizsection erlassene Provisorium zurückzunehmen, und dem Großh. Oberhofgericht aufzutragen, sich der Erledigung des in der rubricirten Strafsache dort anhängigen Recurses selbst zu unterziehen, künftig auch in allen Fällen, wo in der Recursrechtfertigungsschrift Neuheiten vorgetragen sind, wegen deren Constatirung, im Fall sie für erheblich erachtet werden, das Nöthige anzuordnen und demnächst den dort anhängig gemachten Recurs selbst zu erledigen, ohne die Sache wegen dieser Neuheiten zur nochmaligen Berathung und Urtheilsfällung an den Richter erster Instanz zurückzuweisen."

Bayer.

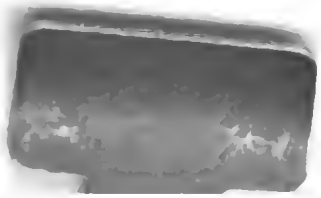
Anzeige.

Mit Nr. 52 schließt der vierte Jahrgang dieser Zeitschrift, und es folgen noch Titel und Register dazu. Preis mit Postgebühr 2 fl. 20 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das erste und zweite Quartal des fünften Jahrgangs, oder Januar bis Juni 1837, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir, die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Ch. Th. Groos.

Hauptredacteur: Ministerialrath Bekk. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Digitized by Google



Digitized by Google